案例评析系列

中国疑难刑事名案法理研究

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第二卷

赵秉志/主　编　左坚卫/副主编

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

中国疑难刑事名案法理研究 第二卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

- 阿丹·奈姆等海盗抢劫案
- 张书海等特大系列抢劫案
- 柴国利等特大抢劫杀人案
- 王国清等抢劫、故意伤害、盗窃案
- 中国首例“非典”刑事案张月新寻衅滋事案
- 刘涌黑社会性质组织犯罪案
- 章俊理等非法行医案
- 杜志芳非法行医案
- 司秋菊运输、贩卖毒品案

典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程，能够从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。本书精选典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究，既具有专业的学术价值，也蕴含深刻的社会意义。数位作者从案情出发归纳和发掘问题，但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题，而是旁征博引，生发开去，深入问题，升华法理，从而使案例研究既有实践意义，又有学术价值。并且在案例研究之后，尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书，以备读者查阅和进一步探索有关问题之用。

ISBN 978-7-301-13194-7

9 787301 131947 >

定价:56.00元

京师刑事法文库 ㉓

中国疑难刑事名案法理研究

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第二卷

主　编 / 赵秉志

副主编 / 左坚卫

编辑部 / 杜　邈　孔　静

本卷撰稿人（以撰写顺序为序）

胡乩尘　付钦斌　孔　静　袁宏山

赵海生　万立雪　赵秉志　左坚卫

姚文娟　王仲菊

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目（CIP）数据

中国疑难刑事名案法理研究．第二卷/赵秉志主编．—北京：北京大学出版社，2008.1

（案例评析系列）

ISBN 978-7-301-13194-7

Ⅰ．中…　Ⅱ．赵…　Ⅲ．刑事犯罪—案例—分析—中国　Ⅳ．D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2007）第 187117 号

书　　　名：中国疑难刑事名案法理研究（第二卷）
著作责任者：赵秉志　主编
责 任 编 辑：侯春杰
装 帧 设 计：TOMA唐玛
标 准 书 号：ISBN 978-7-301-13194-7/D·1932
出 版 发 行：北京大学出版社
地　　　址：北京市海淀区成府路 205 号　100871
网　　　址：http：//www.pup.cn
电　　　话：邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62117788
　　　　　　出版部 62754962
电 子 邮 箱：law@pup.pku.edu.cn
印　刷　者：北京大学印刷厂
经　销　者：新华书店
　　　　　　730 毫米×980 毫米　16 开本　31.25 印张　566 千字
　　　　　　2008 年 1 月第 1 版　2008 年 1 月第 1 次印刷
定　　　价：56.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024　电子邮箱：fd@pup.pku.edu.cn

序　言

现代刑事法治是由一系列刑事法律事件所组成的鲜活、生动的画卷。在这幅画卷中，刑事案例构成其最跌宕起伏的部分。典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程，更是从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。因而选择典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究，既具有专业的学术价值，也蕴含深刻的社会意义。

案例研究是一种理论与实际相结合的研究形式。早在20世纪80年代初期和中期，我于中国人民大学刑法专业攻读硕士学位和博士学位期间，我的两位恩师、新中国培养的第一代著名刑法学家高铭暄教授和王作富教授，即通过他们的言传身教、著书立说和实践活动，给了我刑法学研究应当坚持理论联系实际的学术方向与方法的深刻影响。因而在读研究生期间和博士生毕业留校任教后，在专业学习与学术研究中，我注意并且逐渐形成了理论联系实际、关注国内外重大现实刑事法治问题的研究风格和特点，其中就包括了对典型疑难案例的关注和研析。在新中国第一部刑法典施行十载之年即1990年，我还曾经萌发念头，打算编著一本对刑法典施行后十年间的典型、疑难名案予以研究的著作。为此收集、整理了大量案例资料，甚至还构思了书名与案例研究的体例、特色。随后，此项目因我工作繁忙且准备出国留学而被束之高阁，但此念头一直没有打消。后来，我在整理出版个人五卷本文集的过程中，又对刑法学研究中的理论联系实际问题进行了较为深入的思考和归纳，认为其有丰富而合理的内涵，值得努力挖掘和大力弘扬。①其中当然也包含对案例研究的重视。1994年底，我主持承担了美国福特基金会资助中国人民大学法学院的项目——“高级司法官培训教材”之一，内容为以案例研析形式阐述刑法理论与实务问题。我组织了一批志同道合的中青年

① 参见赵秉志：《刑法总论问题研究》（“刑法学研究系列”之一）“序言”，中国法制出版社1996年版。

学者，历经近6年的不懈努力，编著出版了九卷本、近300万字的《中国刑法案例与学理研究》。这部系统研析中国刑法理论与实务的案例研究著作于2001年4月由法律出版社出版发行后，受到法学界尤其是司法实务界的广泛好评与欢迎，一印再印，于2004年9月修订再版后又予以重印。这可以说是法律界、法学界对案例研究形式的肯定。

以上关于案例研究的思考和学术活动，尽管也组织了诸位研究生参与案例研究的项目，但尚未将案例研究作为研究生的学位论文来考虑。在近年来我指导、培养研究生的过程中，主要是基于下述几点原因，我开始尝试着引导研究生将典型疑难案件的研究作为硕士学位论文的形式来考虑：其一，倡导青年学者理论联系实际的学风。理论联系实际可以有多种表现形式，而案例研究无疑是最为典型、最有特色的形式。其二，促进青年学者关注现实法治问题。现实法治问题也可以表现在许多方面，而典型、疑难的名案要案肯定是现实法治问题最直接、最丰富、最生动的反映。其三，避免硕士学位论文选题的重复与内容的空泛。由于近年来硕士研究生培养数量的急剧大量增加，硕士论文选题重复和内容类似的现象也日趋严重，从而使本应富有学术价值的硕士学位论文质量日益下降，研究生每每为避免重复而伤透脑筋。而选择典型、疑难案件之研究作为硕士学位论文，其法理问题因案而异，就在相当程度上解决了硕士学位论文选题重复与内容空泛的困扰。此外，一件典型疑难案件所涉及的主要法理问题毕竟是有限的数个，以一篇硕士学位论文3～5万字左右的篇幅予以研究，也大体可以研究得较为细致、深入，并可以保证和检验出硕士学位论文的质量。因而可以说硕士论文也是研究疑难案件较为适宜的形式。

经过几届指导法学硕士和法律硕士以案例研究为硕士学位论文的实践和答辩经验，这种案例研究形式的硕士论文得到了充分的肯定，我和我所指导的研究生们也积累了一些案例研究形式的硕士论文成果。我最初就已经构思创建以硕士学位论文为主体的案例研究系列著作，现将之定名为《中国疑难刑事名案法理研究》，并将首批成果分类编成三卷交付出版。收入本书三卷的共计25个案例，除一篇为我与左坚卫副教授合写、我作为辩护律师办理的一个案件之研究，以及一篇为刘志伟教授指导的法律硕士论文外，其余23篇均为本人指导并于近两年通过学位论文答辩的法学硕士论文和法律硕士论文。这些案件有大半为全国关注的名案要案，其余也在相当范围内为社会或法律界所知晓。但其更重要的共同特征还在于案件中涉及诸多值得研究的法理问题乃至社会问题。案例研究的作者们从案情出发归纳和发掘问题，但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题，而是旁征博引，生发开去，深入问题，升华法理，从而使案例研究既有实践意义，

又有学术价值。案例研究之后，还尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书，以备读者查阅和进一步探索有关问题之用。

学术研究是薪火相传的事业。学术研究的方向、道路和方法也是学术事业的重要组成部分。我国老一辈刑法学家所倡导的理论联系实际、不尚空谈学风促进了我国刑法学事业的健康发展，也培养了我们这代中青年刑法学人。基于繁荣发展刑法学事业的使命感和承前启后、培养刑法学青年学者的教师职责，我们应当在论述理论、传授知识的同时，也十分注重对我国刑法学研究中理论联系实际、关注现实法治问题的坚持、维护和弘扬。本书也是我和一批青年同仁在此方面的探索。我们的研究难免有种种不足乃至谬误之处，但我们坚信此一学术方向与方法是正确的。

本书的完成有赖于全体作者的通力合作。作者左坚卫、杜邈、熊正、孔静、李翔、刘媛媛 6 位青年同仁分别作为三卷书的副主编或者编辑部成员，协助我做了书稿的编务工作，谨向他们致谢！全书由我统改定稿。书中不当之处，应由我和具体的作者负责。最后，衷心感谢北京大学出版社蒋浩先生及编辑同仁对本书编辑出版的鼎力支持。

赵秉志
2007 年 11 月于北京师范大学
刑事法律科学研究院

高山仰止，景行行止。虽不能至，然心向往之。

——《史记·孔子世家》

恭贺高铭暄教授、王作富教授 80华诞暨联袂执教55周年

欣逢北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长暨特聘教授高铭暄先生和特聘教授王作富先生 80 华诞暨联袂执教 55 周年之际，北京师范大学刑事法律科学研究院全体师生暨两位先生的弟子特此致贺。

作者简介

赵秉志

河南南阳人，新中国首届刑法学博士，美国杜克大学法学院访问学者。现任北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师。兼任中国法学会刑法学研究会会长、国际刑法学协会中国分会副主席、国务院学位委员会学科评议组法学组成员、最高人民法院特邀咨询员等多种全国性学术职务。出版个人专著和论文集《犯罪主体论》（1989）、《刑法研究系列》（五卷本，1996—1997）、《刑法基本理论专题研究》（2003）等十五部；主编《刑法争议问题研究》（1996）、《海峡两岸刑法总论问题研究》（1999）、《当代刑法理论探索》（四卷本，2003）等专业著作近百部；主编刑法教材十余部 。在国内外报刊上发表论文四百余篇 。主持或参与主持国内外科研项目三十余项。论著和个人曾三十余次获得国家级、部委级或院校级奖励。主要研究领域为中国刑法、中国区际刑法、国际刑法。

左坚卫

湖南双峰人，北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士、硕士生导师。出版个人专著《缓刑制度比较研究》，与他人合著或主编《警察执法与人权保障》、《危害公共卫生和环境资源犯罪司法适用》、《危害公共安全犯罪疑难问题司法对策》等，在国内外报刊上发表论文四十余篇。

目　录

（四）侵犯财产犯罪

阿丹·奈姆等海盗抢劫案法理研究

一、选案理由……3
二、基本案情……3
三、裁判要旨……4
四、引发的理论问题……4
五、普遍管辖权及其在本案中的适用……5
六、本案诉讼程序中的问题……25
七、执行上的移管问题……27
八、结语……30
附录：广东省汕头市中级人民法院刑事判决书……32

张书海等特大系列抢劫案法理研究

一、选案理由……42
二、基本案情……43
三、裁判要旨……46
四、引发的理论问题……46
五、刑法溯及力问题……47
六、共同犯罪中的犯罪停止形态问题……51
七、帮助犯与片面共犯的区分……60
八、被告人王雨行为的罪数问题……73

九、结语 …… 82
附录：河南省高级人民法院刑事裁定书 …… 83

柴国利等特大抢劫杀人案法理研究

一、选案理由 …… 94
二、基本案情 …… 95
三、裁判要旨 …… 96
四、引发的理论问题 …… 96
五、不同形态自首的时间界限 …… 97
六、共同犯罪中立功的认定 …… 127
七、结语 …… 136
附录一：云南省昆明市中级人民法院刑事判决书 …… 138
附录二：云南省高级人民法院刑事裁定书 …… 161

王国清等抢劫、故意伤害、盗窃案法理研究

一、选案理由 …… 173
二、基本案情 …… 174
三、裁判要旨 …… 175
四、引发的理论问题 …… 175
五、关于转化型抢劫罪（准抢劫罪）的认定 …… 176
六、共犯人对实行过限行为刑事责任的承担问题 …… 184
七、转化型抢劫罪的结果加重刑罚适用问题 …… 191
八、数罪自首的处罚 …… 197
九、结语 …… 202
附录一：北京市第一中级人民法院刑事判决书 …… 204
附录二：北京市高级人民法院刑事裁定书 …… 211

（五）妨害社会管理秩序犯罪

中国首例“非典”刑事案张月新寻衅滋事案法理研究

一、选案理由 …… 219
二、基本案情 …… 220
三、裁判要旨 …… 221

四、引发的理论问题 …… 221
五、强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪在犯罪论上的一般关系 …… 222
六、抢劫罪胁迫行为的认定 …… 224
七、强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的具体区分 …… 229
八、关于本案定性的研析 …… 243
九、结语 …… 247
附录：北京市海淀区人民法院刑事判决书 …… 248

刘涌黑社会性质组织犯罪案法理研究

一、选案理由 …… 254
二、基本案情 …… 255
三、裁判要旨 …… 258
四、引发的理论问题 …… 258
五、黑社会性质组织犯罪与“保护伞”的关系 …… 260
六、死刑案件中的刑讯逼供问题 …… 276
七、民意对死刑适用的影响 …… 290
八、专家法律意见书的性质、作用及发展趋势 …… 303
九、结语 …… 316
附录一：辽宁省铁岭市中级人民法院刑事附带民事判决书（节选） …… 318
附录二：最高人民法院再审刘涌案刑事判决书 …… 321

章俊理等非法行医案法理研究

一、选案理由 …… 342
二、基本案情 …… 343
三、裁判要旨 …… 344
四、引发的理论问题 …… 345
五、如何判断行为人是否已经取得“医生执业资格” …… 346
六、非法行医罪主观要件的认定 …… 355
七、非法行医罪客观方面的认定 …… 371
八、结语 …… 380
附录一：南昌市西湖区人民法院刑事附带民事

判决书（节录）…… 383
附录二：江西省南昌市中级人民法院刑事附带民事判决书…… 393

杜志芳非法行医案法理研究

一、选案理由…… 407
二、基本案情…… 408
三、裁判要旨…… 408
四、引发的理论问题…… 408
五、《刑法》第 336 条中“医生执业资格”的认定 …… 410
六、医疗机构执业许可证与医生执业资格的关系…… 418
七、非法行医过程中的紧急救助行为的界定…… 424
八、非法行医行为与就诊人受损害后果之间因果关系的界定…… 428
九、结语…… 433
附录一：北京市丰台区人民法院刑事附带民事判决书…… 436
附录二：北京市第二中级人民法院刑事附带民事裁定书…… 441

司秋菊运输、贩卖毒品案法理研究

一、选案理由…… 445
二、基本案情…… 446
三、裁判要旨…… 446
四、引发的理论问题…… 446
五、毒品犯罪适用死刑缺乏正当性…… 447
六、“诱惑侦查”案件中的量刑原则 …… 457
七、毒品数量与死刑适用标准…… 466
八、结语…… 476
附件一：浙江省杭州市中级人民法院刑事判决书…… 478
附件二：杭州市人民检察院刑事抗诉书…… 481
附件三：浙江省高级人民法院刑事判决书…… 484

（四）侵犯财产犯罪

阿丹·奈姆等海盗抢劫案法理研究

目 次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、普遍管辖权及其在本案中的适用
六、本案诉讼程序中的问题
七、执行上的移管问题
八、结语
附录：广东省汕头市中级人民法院刑事判决书

一、选案理由

本案是一起国际海盗抢劫案：10名外国人在国际航线上对另一国的商业油轮实施了海盗抢劫行为，后在中国海域销赃时被中国警方抓获，并进而由中国司法机关对之行使刑事管辖权。该案是我国自1997年刑法典修订以来，国内司法机关行使普遍管辖权的少数典型案例之一，具有一定的代表性。研究、探讨在本案处理过程中的法律适用，对于我国今后更好地履行国际法律义务、维护国际秩序、促进我国的刑事法治建设，具有重要的参考意义，故入选本书。

二、基本案情

广东省汕头市人民检察院于2000年1月20日以“汕检刑二起［2000］字第10号”起诉书指控被告人阿丹·奈姆等10名印度尼西亚籍公民犯抢劫罪，而向汕头市中级人民法院提起公诉。指控的案件事实是：印度尼西亚籍被告人阿丹·

奈姆受他人指使，先后招引印度尼西亚籍公民利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯作案。1999年6月8日下午，被告人阿丹·奈姆召集上述其他被告人，在马来西亚的墨新乘坐事先准备好的两艘快艇出发，当快艇航行到马来西亚海域一个小岛时，阿丹·奈姆发给每人一把刀作为作案工具。当晚，阿丹·奈姆等人乘坐的两艘快艇在马来西亚海域追上泰国油轮"暹罗差猜号"，阿丹·奈姆带领利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯先后登上"暹罗差猜号"油轮，被告人首先控制驾驶台，并将受害人差猜·炎塞埃、能为·胜挪等17名泰国船员捆绑起来，关押在饭堂、走廊和船舱，轮流看守。阿丹·奈姆指使达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、渣依那·宾·沙拉卡等人将船名"暹罗差猜号"（SIAM XANXAI）涂改为"奥米Ⅱ号"（OMY Ⅱ），将注册港曼谷（BANGKOK）涂改为新加坡（SINGAPROE），将烟囱由黑色涂改为蓝色。6月10日晚上，在马来西亚海域，阿丹·奈姆等人在扣留泰国船员能为·胜挪后，将16名泰国船员赶下一艘快艇放走。劫持油轮后，阿丹·奈姆指挥油轮沿马来西亚、菲律宾、中国台湾航线航行。6月17日进入中国领海，在东经117°21′、北纬23°21′（即南澳岛附近海域），与中国杂货轮"正阳一号"（另案处理）联系销赃柴油事宜。当晚，"正阳一号"与被涂改为"奥米Ⅱ号"的"暹罗差猜号"油轮在接驳柴油时，被中国警方人赃俱获，缴获被涂改为"奥米Ⅱ号"的"暹罗差猜号"油轮一艘，柴油1 900吨（合计价值人民币8 340 785元）。

法院对检察机关的指控予以认定。

三、裁判要旨

被告人以夺取船只及船上货物为目的，在国际航线上非法登临他国船只，以胁迫、捆绑手段制服船员后劫夺并控制船只，违反了我国参加的《联合国海洋法公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》等国际法律和我国刑法规定，符合《制止危及海上航行安全非法行为公约》第3条第1项（a）规定的要件，已触犯我国刑法第9条、第263条之规定，构成抢劫罪。

四、引发的理论问题

在开庭审理中，各被告人分别提出辩解，其主要理由可概括为：①不是抢劫，公诉机关指控的罪名不当；②没有触犯中国法律，对本案中国无管辖权。

上述各被告人的辩护律师提出辩护意见主要是：①对本案中国无管辖权；②公诉机关的起诉定性不当，不是抢劫，而是走私普通货物罪。部分被告人及其辩护人还提出其在共同犯罪中是从犯，应从轻处罚的辩解。

在整个司法过程中，中国司法机关对本案进行管辖的依据问题没有得到很好的阐释。这样在判决书的说理性上显得不足。司法机关回避管辖权问题，仅在司法文书中一笔带过，一方面反映出司法实务中对此问题的不够重视，另一方面也反映出在该领域理论研究的薄弱。而不解决管辖权问题，就没有真正体现出本案的特殊之处；另外就犯罪人而言，当被告人认为我国没有权力对他进行审判时，要想让他认罪服判，是不可能的，在此基础上的刑罚执行，也难以取得好的效果。因此有必要对本案中的管辖权适用进行研究。此外，对本案中的法律适用、诉讼程序、刑罚执行等方面的特殊之处，也有分析研究的必要。由此引发了以下理论问题：

1. 如何理解和把握普遍管辖权的基本内容？
2. 如何在具体案件中贯彻解决普遍管辖原则？
3. 审理海盗犯罪等国际性犯罪，在诉讼程序上应当注意哪些问题？
4. 如何解决外籍罪犯的执行移管问题？

五、普遍管辖权及其在本案中的适用

对于本案，中国是有权进行管辖的，其依据就是我国刑法中规定的普遍管辖权。普遍管辖（Universal Jurisdiction）作为一种管辖原则，已经得到国际社会的广泛认同，也在很多国家包括我国的刑事立法中得到体现。一般认为，普遍管辖原则是指世界上每个主权国家都有权对国际犯罪实行刑事管辖，并不要求这个犯罪与该国家之间存在任何联系，只要罪犯处在该国家的实际控制之下即可。其特点是：①普遍管辖的对象是国际犯罪，即以国际公约的形式明确予以规定的、危害到国际社会共同利益的罪行；②普遍管辖意味着实施了国际罪行的人，不论在世界上哪个国家出现[①]，都应当受到刑事追究；③各个主权国家都可以对国际犯罪实行刑事管辖。普遍管辖原则的实质也就是在突破了地域、国籍、利益保护三种管辖联系因素的基础上形成的一种理论概括。[②] 普遍管辖权在国内法律中，仅作为其他管辖权（属地、属人、保护原则）的补充，但是在国际刑法中则构成确立管辖权的基础。

---

① 参见张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 84—86 页。

② 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第 1 卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 307 页。

在本案中，中国是如何依据普遍管辖取得对本案管辖权的？确立管辖权后，如何将有关国际公约的罪行规定和国内刑法的适用紧密结合起来？罪名如何确定？这些问题是本案中法律适用上的重点所在。

（一）普遍管辖权的基本内容

1. 普遍管辖权的起源与发展

公元 1625 年，荷兰著名法学家格老秀斯（Hugo Grotius 1583—1645）在他的《战争与和平法》（De Jure Belli ac Pacis）一书中首次提出了“或引渡或惩罚”（aut dedere aut punire）的名言。他认为，对于危害整个国际社会利益的犯罪行为，每个国家都应当把犯罪人引渡给有权并要求对其进行惩罚的国家，如果不予以引渡，就应当依照本国刑法对其进行惩处。这就意味着对于某些犯罪，既不是犯罪地国、也不是犯罪人或者被害人国籍国的国家，也可以拥有刑事管辖的权力。这一观点实际上已经包含了现代普遍管辖权的部分含义。

自 19 世纪以来，世界各国在同发生在公海上的海盗行为作斗争的过程中，逐渐形成了一种对于海盗罪，世界各国都有管辖权的国际习惯法。20 世纪以来，制裁海盗罪的上述习惯国际法规则中所体现的普遍管辖原则，开始在一些国际公约中得到反映。如：1937 年 11 月 16 日订立于日内瓦的《防止和惩治恐怖主义公约》，在规定犯罪地国对恐怖主义罪行实行刑事管辖的同时，规定了有限的普遍管辖权；1949 年 8 月 12 日的日内瓦四公约在规定战争罪犯的同时，均明确规定各缔约国有义务搜捕被控曾犯或曾命令他人犯战争罪行的人，并应将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。这一规定，实际上已经把对战争罪犯的普遍管辖作为各缔约国的一种义务；1982 年的《联合国海洋法公约》，进一步确认了对海盗罪的普遍管辖原则。

自 20 世纪 70 年代以来随着现代科学技术的发展，国际犯罪现象日益增多并且严重威胁到国际社会的和平与安宁，从而使得各国认识到有必要在刑事司法领域开展密切合作以共同对付国际犯罪。与此相适应，以前仅仅适用于海盗和战争犯罪的普遍管辖原则逐渐扩大适用到其他国际罪行。如关于反劫机的三个公约（1963 年的《东京公约》、1970 年的《海牙公约》、1971 年的《蒙特利尔公约》）规定，危害民航安全罪行是一种可引渡的罪行，但是各国没有强制引渡的义务。如果嫌疑人所在国没有相关协议引渡义务，则应在本国将其作为严重的普通刑事犯罪案件进行追诉，使此种行为受到惩处。以及 1973 年 12 月 14 日在纽约开放签字的《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1979 年的《反对劫持人质国际公约》、1988 年的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》等，这些公约在确认有关当事国的管辖权的同时，都明确规定

了每一缔约国当被指控的罪犯在本国领土内而不将其引渡给有关当事国时，应采取必要措施确立该国对此犯罪行为的管辖权。这些公约的规定，进一步体现和深化了普遍管辖原则，使之成为当代国际社会公认的、普遍接受的国际刑法原则。①

2. 国际犯罪的概念、构成要件

因为普遍管辖针对的是国际犯罪，所以首先就要对国际犯罪进行界定，明确其特征、构成要件。只有明确了国际犯罪成立的范围，才可以正确地适用普遍管辖权。

(1) 国际犯罪的概念与基本特征。何谓国际犯罪？学界众说纷纭，观点不一，但是可以归纳出这样几个共同之处，也可以说就是目前国际社会对国际犯罪这一概念的共识：国际犯罪是危害国际社会或国际社会利益或危害国际社会一般利益（或者叫共同利益、整个国际社会利益）的行为；国际犯罪是违反国际刑法规范，为国际刑法所禁止的行为；国际犯罪是应当承担刑事责任者受到刑事制裁的行为。② 由此也就可以归纳出国际犯罪应该具有的以下三个基本特征：

①国际犯罪是严重危害国际社会的行为。严重的国际社会危害性是国际犯罪的本质特征，也是其国际犯罪与国际不法行为、跨国犯罪以及国内犯罪的显著区别所在。所谓“严重”的国际社会危害性，是指危害到了国际社会的根本利益、共同利益，具体表现为危害了或者威胁着国际社会的和平与安全、人类的生存、进步与发展。国际犯罪的国际社会危害性是一个历史的、发展的、不断变化的概念，它会随着时代的发展、国际环境的变化、人类社会的进步而不断演变③；其危害性在影响范围上，一般都应该是在国际范围内，而不应该是仅仅局限于一个国家内部，如果一个犯罪没有任何国际因素，即使它与国际刑法公约所规定的犯罪行为在客观表现上完全相同，一般也只是国内犯罪而不是国际犯罪④，当然也不排除极个别的在一个国家内就可以成立的国际犯罪，如与种族有关的国际犯罪、大部分的酷刑罪。

②必须具有国际公约的明文规定这一法律形式。国际犯罪必须由国际公约加以明确规定，这是成立国际犯罪必须具备的法律形式要件，同时这也是世界各国所普遍承认的“罪刑法定”原则的基本要求。“国际公约的明文规定”又可以分为两个层次的含义：首先，国际公约中应对该行为作了明确的禁止性规定。一个罪行要能够被称为国际犯罪，这不仅仅是哪一个国家意志的体现，而且是国际社

① 参见张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 84 页。

② 参见甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社 2000 年版，第 100 页。

③ 参见甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社 2000 年版，第 101 页。

④ 参见赵秉志主编：《国际区际刑法问题探索》法律出版社 2003 年版，第 30 页；以及张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 106 页。

会共同对之加以谴责的表现。这里对国际公约要强调共同意志的体现，也就是说规定国际犯罪的国际刑法规范必须得到相当多数国家的认可和缔结。对这个“多数”如何判断，有学者提出了具体的判断标准，即要经过至少相当于签署联合国宪章的三分之一的国家在平等自愿基础上的加入和批准[①]，才是能够被称为规定了国际罪行的国际公约。其次，国际犯罪是在国际公约中规定了刑事制裁措施的行为。当然这里要注意一个问题，那就是国际公约所规定的刑事制裁措施，不等同于国内刑法规定的刑事制裁。因为在国内刑法中，犯罪的实施者所承担的刑事责任，往往直接表现为具体的刑罚制裁措施，但是在国际公约中，因为目前世界上还没有统一的刑事司法系统和统一的刑罚制度，另外也不可能无视各国的刑法体系和刑罚制度的差异来规定统一的刑罚，所以对此规定通常缺乏明确的制裁措施，而只是在宣布该行为为国际犯罪的同时，要求各缔约国对其予以严厉惩处。[②] 第三，国际犯罪是应当承担刑事责任的行为。

这个特征也可以叫做应当承担刑事责任性。这个性质是国际犯罪与一般国际违法行为相区别的主要特征。国际犯罪，它是依据国际刑法规范的规定而承担刑事责任，并不直接表现为刑罚处罚。[③]

（2）国际犯罪的基本构成要件。从犯罪构成要件来划分，国际犯罪可以被分为四个方面：

①国际犯罪的主体。国际犯罪的主体就是指国际刑法规定的，实施了危害国际社会行为并能够承担相应刑事责任者。[④] 巴西奥尼教授在他的《国际刑法典草案》[⑤] 中详细列举了各种主体：国家及国家团体、个人（自然人）、团体或组织。对于个人、其他组织是国际犯罪的主体，这一点大家都予以确认，没有什么争议，但是学界对国家能否成为国际犯罪主体存在较大争议。

否定者认为：从传统国际法角度看，国际罪行是个人实施的行为，国家作为一个抽象[⑥]的实体，它不可能成为国家犯罪主体；还有论者从负刑事责任的方式来看，认为“国家是没有意识的，所以国家不能成为国际犯罪的主体”，也因为国家是没有意识的，所以它在刑事方面也没有责任能力，无法负担刑事责任；因

---

① 参见 M.C. 巴西奥尼：《国际刑法典草案》，转引自刘亚平：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社1986年版，第195页；张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社1999年版，第104页。

② 参见赵秉志主编：《国际区际刑法问题探索》，法律出版社2003年版，第29页。

③ 参见甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社2000年版，第104页。

④ 参见甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社2000年版，第119—120页。

⑤ 参见 M.C. 巴西奥尼：《国际刑法典草案》，转引自刘亚平：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社1986年版，第195—196页。

⑥ 参见黄肇炯：《国际刑法概论》，四川大学出版社1992年版。

为负担刑事责任就要接受刑罚的制裁，而刑罚最主要的种类是徒刑和死刑。这两种刑罚对于抽象实体的国家则无法执行。显而易见，只有自然人（个人）能负担刑事责任，而国家是不能负担刑事责任的。当然，国家是要对侵略战争负责任的，但是这种责任不是刑事责任，而是政治的责任（被占领和被管制）和赔偿损失的责任。由此可见，国家不是国际犯罪的主体。①

肯定论者认为：国家如同法人一样，其国际犯罪的意识、国际犯罪的行为及其承担刑事责任的能力是通过其代表人来体现的，至于国家自身的特点决定它不能适用徒刑与死刑，但不是说不能承担其他刑事责任的形式，对国家还可以适用罚金刑、没收财产、占领、管制等措施；同时，不能既承认国家可以实行国际犯罪行为，又不承认它是可以承担国际刑事责任的国际犯罪主体，这样在逻辑上是混乱的；另外从国际刑法规范和已有的国际刑事司法实践来看，既存在有规定国家是国际犯罪主体的国际公约（如 1951 年联合国国际法委员会通过的《危害人类和平与安全治罪草案》，就对国家的刑事责任进行了激烈的争论），并且在实践上也确实有国家承担了国际刑事责任的例子（如二战后，不仅德国和日本的战争罪犯受到了审判，而且依照国际协定，对其领土也实行了军事占领与管制，这就是国家承担国际刑事责任的表现）。②

对于国家能否成为国际犯罪主体这一问题，实在是见仁见智，观点纷呈。本文不拟多作讨论。仅仅从国家能否成为普遍管辖权适用对象的角度来作一探讨。我认为，在目前国际社会中，尚无实质性的有效国际规范规定国家能够成为国际犯罪主体，因而试图追究国家的刑事责任是不现实的。即使如二战后德国和日本受到军事占领与管制，那也只是战胜国对战败国单方面所作的裁决，具有强烈的政治性，德日国家也不是通常意义上的犯罪主体。另外尽管国际刑事法院这一国际性常设司法机构已经建立，但是依照《国际刑事法院规约》的规定，该法院所管辖的对象只限于个人，并不包括国家。我们承认在理论上对此问题有讨论的价值，但是在普遍的国际法律实践中，国家尚是不能成为国际犯罪主体的。另外，由于普遍管辖权的适用是由一个主权国家对国际犯罪人行使刑事管辖权，而国家之间无论大小、强弱，在主权上都是至高无上的，在国际法律地位上是平等的，所以无法想象一个国家仅仅以其所参加的国际刑法性公约的规定就要对另外一个

① 参见林欣：《国际法中的刑事管辖权》，法律出版社 1988 年版，第 150—151 页。

② 参见甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社 2000 年版，第 121—122 页；参见宣炳昭、任志中：《国际刑法中的国家刑事责任问题研究》，载高铭暄、赵秉志主编：《当代国际刑法的理论与实践》，吉林出版社 2001 年版，第 205—206 页；参见黄芳：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社 2001 年版，第 40—42 页。

主权国家行使刑事管辖权；而且，一个国家对另一个国家的审判，既无先例，在任何国际公约中也找不到类似规定作为法律依据，并且，这种行为（假如有的话）将会导致国际争端甚至战争。正如有学者将国家承担刑事责任的难点归纳为：由谁来判断国家是否犯罪？国家犯罪的法律后果是什么？由谁来执行对国家的刑罚?[①] 所以主权国家在目前是不可能成为普遍管辖权适用的对象的。

②国际犯罪的主观要件。国际犯罪构成的主观方面要件，是指国际犯罪人在实施该犯罪行为时对其行为或结果所持的主观心理状态。[②] 作为国际犯罪的主观要件，应该有哪些内容呢？著名国际刑法学者 M. C. 巴西奥尼教授指出，主观要件有故意、明知和过失三种，分别解释其含义：A. 当一个人有意识的目标或者目的是要达到某种法律规定为犯罪的结果或实施法律规定为犯罪的行为时，该人即对该结果和行为具有“故意”。B. 当一个人清楚地知道他的行为对已经出现的或者已具有现实可能性的某种情况可能产生预期的结果时，该人即是“明知”或为“故意”行为。C. 一个人的过失或者过失行为是他有意识地忽视一个具有实际可能的不应有的危险，以致这种可能的结果成为其行为的必须后果。[③] 从上面所引的表述可以看出，巴西奥尼所讲的“故意”相当于我国刑法理论所讲的直接故意，“明知”相当于我国刑法理论所讲的间接故意，而“过失”则相当于过于自信的过失。也有学者认为，由于国际犯罪的严重性，决定了其主观要件应当是故意。[④]

总的来说，在国际犯罪中，犯罪人的主观方面基本上都是故意，但是也不能完全排除过失情况的存在。例如破坏海底电缆、管道等罪行也可以由过失构成。

③国际犯罪的客观要件。构成国际犯罪的客观要件，就是指国际刑法规定的，说明行为对国际社会根本利益的严重侵害，而为成立国际犯罪必须具备的客观事实特征。国际犯罪构成的客观要件，一般认为包含有：危害行为、危害结果、犯罪的时间、地点等。[⑤] 其中，危害行为是所有犯罪必需具备的要件，值得细致研讨。从国际刑法规范的现有规定来看，危害行为主要有以下几种形态：

直接作用于特定客体（犯罪对象）的危害行为。这是指行为人在与特定客体的直接接触中实施的，能够直接引起危害国际社会共同利益的结果的行为。这种

---

① 参见高燕平：《国际刑事法院研究》，世界知识出版社 1999 年版，第 101 页。

② 参见张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 121 页。

③ 参见 M. C. 巴西奥尼：《国际刑法典草案》，转引自刘亚平：《国际刑法与国际犯罪》，群众出版社 1986 年版，第 200 页。

④ 参见赵秉志主编：《国际区际刑法问题探索》，法律出版社 2003 年版，第 34 页。

⑤ 参见甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社 2000 年版，第 118 页。

行为表现为有关国际公约在给各种具体国际犯罪下定义时明文禁止的行为。

以某种加害相威胁的危害行为（胁迫行为）。这是指使用各种恐吓方式，迫使特定对象违背自己的意愿，实施一定行为的危害国际社会共同利益的行为。

图谋进行某种国际犯罪的行为（预谋行为）。在国内刑法中，预谋行为一般属于犯罪预备的行为，因而通常不具备基本的犯罪构成要件所要求的行为的特征，但是在国际刑法中，一些国际公约把预谋行为作为犯罪定义所包含的行为的一种情况加以规定，以致使预谋本身在这类犯罪中具有基本构成要件的功能。

煽动或教唆行为。严格说来，煽动和教唆行为也是预谋犯罪的一种活动，但是其对象始终是煽动或教唆者之外的其他人。

参与行为。这是在共同犯罪中参与策划、协助实施国际犯罪的行为，以及为国际犯罪活动提供帮助的行为，是构成国际犯罪客观要件的一种行为形态。

造成特定危害结果的行为。这种行为是指不仅必须有违法的行为形态，而且必须有特定的危害结果的出现。在这里其实有三个要素：危害行为、危害结果以及它们之间的因果关系。①

（3）国际犯罪与跨国犯罪的区分。要准确适用普遍管辖，有必要区分常见的跨国犯罪和国际犯罪这两个概念。何谓跨国犯罪？有学者认为是指以跨国形式出现的犯罪，或者说犯罪过程跨越了两个及两个以上国家的犯罪。② 有学者认为跨国性犯罪实际上就是一种包含着涉外因素的犯罪形态，是一个犯罪在从准备、实施到危害结果的发生的过程中跨越了国度的界限，是犯罪本身涉及几个国家的行为，而国际犯罪只是跨国犯罪的一部分。③ 还有学者从跨国犯罪的特征角度来把握其含义，指出跨国犯罪应具有：跨越国境，包括犯罪人或者被害人是他国的、犯罪工具或者其他物品跨越国境、犯罪意图跨越国境；此外，还需要国际承认或者公认这种行为是犯罪活动。④ 跨国犯罪可以分为以下几种情况：①犯罪发生在一国，但是危害到另一个国家的利益或者是针对另一个国家公民、组织实施的；②犯罪行为发生在一国内，而犯罪结果发生在另一国家内；③犯罪行为本身涉及不同的国家，比如在甲国境内伪造乙国的货币，然后到乙国境内去销售；④同一犯罪分别在不同国家实施。

跨国犯罪往往触犯两个及两个以上国家的刑法，具有一定的国际性，虽然也

---

① 参见赵秉志主编：《国际区际刑法问题探索》，法律出版社 2003 年版，第 33—34 页。

② 参见甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社 2000 年版，第 108 页。

③ 参见张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 109—113 页。

④ 参见［法］安德鲁博萨：《跨国犯罪与刑法》，陈正云、孙丽波等译，中国检察出版社 1997 年版，第 4 页。

可能对多个国家造成了危害，但是它又不同于国际罪行。跨国犯罪与国际犯罪区分的关键在于此种行为是否受到国际社会的共同谴责，并在国际性条约中加以规定。而并不是仅仅以犯罪涉及地域的大小来区分。例如某人在甲国边境开枪打死乙国国民，此种犯罪具有跨国性，但是只能说它是国内犯罪，而不是国际犯罪；相反，受到国际社会共同谴责的酷刑罪，通常仅仅发生于一国之内，但是由于其危害了国际社会的共同利益，所以就成为国际犯罪。有学者将国际犯罪与跨国犯罪作了详细的区分，指出：①跨国犯罪仍然属于国内法管辖的范畴，其准据法是国内法，只要犯罪分子的行为构成国内法所认定的犯罪事实，各有关国家就可以本国法律为依据予以处罚；②国际犯罪必然危害整个国际社会的共同利益，而跨国犯罪虽然是一定危害了所涉国家的利益，但是并不必然危害整个国际社会的共同利益；③从刑事管辖来看，如果不是跨国犯罪的当事国，一般无权对其进行管辖，而国际犯罪的犯罪分子则处于各公约缔结国的普遍管辖之下；④跨国犯罪必然是涉及两个以上的国家，而国际犯罪则也可以仅仅发生在一个国家之内。①

普遍管辖权只能适用于国际犯罪，而不可以适用于跨国犯罪。跨国犯罪的管辖问题由相关国家在区际司法合作的基础上，由国内刑法依据属人、属地、保护等传统原则即可解决。

3. 对国际犯罪嫌疑人的合法控制是适用普遍管辖权的前提条件

一国要适用普遍管辖原则来管辖某个案件，当然离不开这样一个事实作前提：那就是该犯罪人已经处于该国合法的实际控制之下。在此应该注意的是“合法”控制，主要实现途径为：其一，犯罪人已经处于该国管辖范围之内；其二，通过其他合法手段获得对犯罪人的控制（例如通过司法协助程序获得）。强调“合法”主要是要求实现对犯罪嫌疑人的实际控制时不得侵害他国主权。在当今国际社会，国家主权可以说是国家和国际社会体系生存、发展、正常运转的基础②，如果一国出于维护国际社会共同利益的良好愿望出发，承担国际义务而对某一国际罪行实施普遍管辖，这本来是有利于国际社会的大好事，但是如果以侵害他国主权的手段来获得对犯罪人的实际控制，那么这种行为的性质又发生了转变，其本身已经严重违反了国际法，那样就反而可能适得其反了。例如 1961 年以色列对“艾希曼”一案的审判，由于以色列特工采用秘密绑架的手段，将艾希曼（二战中的战犯）从阿根廷秘密绑架到以色列，这就严重侵犯了阿根廷的主权。

① 参见黄芳：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社 2001 年版，第 23 页。

② 参见孙建中：《国家主权——理想与现实》，世界知识出版社 2001 年版，第 1 页。

还要注意到，在对国际犯罪的具体案件处理上，按照普遍管辖原则，同一个国际犯罪案件，往往同时有多个国家可以对其进行管辖。虽然实际控制该国际犯罪人的国家首先有权进行管辖，但是如果有其他国家提出对该案件进行管辖的要求，就有可能引发国家之间的管辖权争端。对于这种争端，尽管相关国际公约都规定当有关国家之间不能以谈判协商的方式解决时，其中任何一方可以将之提交国际法院裁决，但是相当多的国家在缔结该条约时对这类条款提出保留，所以有时会出现管辖权争端久久不能解决的情况，也延误了对国际犯罪分子的惩处。①所以在普遍管辖权的实际应用上，离不开国际合作以及相关国家之间的理解和支持。

4. 国内刑事法律应与国际公约中的罪行规定紧密衔接

普遍管辖原则可以解决如何确定对国际犯罪的管辖问题，但是在确定管辖之后，如何适用法律来惩罚国际犯罪，却是一个需要进一步讨论的问题。因为国际公约一般只是将某种严重的国际违法行为规定为犯罪，要求各国加以惩处，而没有对其进行详尽的法定化量刑，所以国际公约如何实施，取决于各个国家对国际法与国内法之间关系的制度安排，而且由于国家是具有独立主权的政治实体，各国互不干涉内政是当代国际法的一项基本原则，因此在国际法中对国际公约在国内的实施没有明确、统一的规定，通常各国在宪法中或以其他立法方式自行规定其参加的国际条约如何在各国国内法上发生效力。②

（1）国际犯罪的国内立法模式。从各国不同的法律实践看可归纳为下列两种比较典型的模式：

一类是个别转换（individual transformation）方式，也可以称为转化方式，这种方式是指国际条约在国内法发生效力的前提是国际条约在本质上是不能直接在国内适用的，必须由国家通过个别的立法来实施该条约，这种造法性活动可能是立法行为，也可能是国际条约颁布或其他宪法程序。③

另一类是自动纳入（automatic incorporating）方式，也可以称为并入式（adoption)，国家一旦缔结或加入某一国际条约，该国际条约便自动地成为国内法的一部

---

① 参见张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 94 页。

② 应该注意到我国对国际条约在国内的适用问题并不是在宪法中加以规定，而是采用一种综合处理的方式：（1）直接将国际公约的规定在国内法上予以明确规定；（2）不直接将公约的规定在国内法加以规定，而是就其在国内的适用作原则性规定。详细情况可参阅唐颖侠：《国际法与国内法的关系及国际条约在中国国内法中的适用》，载《社会科学战线》，2003 年第 1 期；李适时：《中国的立法、条约与国际法》，载《中国国际法年刊》，1993 年版。

③ 参见日本法学会编：《国际法词典》，世界知识出版社 1985 年版，第 392 页。

分，从而无需转化即可在国内法中直接适用，采用这一方式的国家通常是在宪法中对此方式予以明确规定。而在采用此方式的一些国家中，国际条约又常常被分为自动执行条约（self-executing treaty）和非自动执行条约（non-selfexecuting treaty）两种类型。自动执行条约是指可以在国内法体系中无需求助于国内立法即可实施的国际条约。而非自动执行条约是指在一国之内发生效力之前要求制定使其能够实施的法令的国际条约。①

自动纳入模式中的非自动执行模式与转化模式的区别在于：非自动执行条约是在承认条约具有国内效力的基础上，由于有关的条约不具体或者其他原因，条约中的有关规定不经过国内立法就不能够得到实施，所以才需要国内专门立法加以补充，在这种情况下，国内的立法只是对条约起到补充作用，在该国发生效力的实际上还是该国际条约本身。而在转化模式下，国际法律规范不能直接在该国内生效，国家必须通过国内法对有关的条约内容进行规定，才能在国内适用，在这种情况下，在该国发生效力的实际上是国内法，而不是条约。可见，在纳入模式中的非自动执行条约的情况下，国家使用的是国际法，而在转化模式下，国家使用的是国内法，二者在性质上是有差别的。②

（2）国际条约与国内法发生冲突时的解决。这个问题实际上也就是国际条约与国内法的相互地位问题。国际法对此没有强制性的统一规定，各国在实践中也有不同的解决办法。对于采用条约自动纳入的国家来讲，可以在宪法中明确该国缔结的条约在自动成为国内法的一部分时享有的地位，这样就可以用“法的位阶”高低来解决此类冲突，同时国际条约依法生效后，依据条约必须遵守原则，国家在国际法上承担了相应的国际权利和国际义务，国家不能以国内法改变国际法，即国家不能以国内法为理由而违反或规避国家应尽的条约义务，这一原则在国际法院、常设仲裁法院的判例中均得以确立，1969 年《维也纳条约法公约》第 27 条亦明文规定：“各国不得援引国内法规定为理由而不履行条约。”因此一国在国际条约中承担了一定的国际义务后，如果不能在国内法中得到相应的实施，虽然其在国内是主权的，但是该国在国际上就会因为违反了国际义务而需要承担一定的国家责任。③

综上所述，国际条约的规定在国内的实施是一个非常重要的问题，一项有效的国际条约不仅在国际法上产生了约束缔约国家的作用，同时也需要各缔约国在

① 参见黄芳：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社 2001 年版，第 155—156 页。

② 参见黄芳：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社 2001 年版，第 158 页。

③ 参见唐颖侠：《国际法与国内法的关系及国际条约在中国国内法中的适用》，载《社会科学战线》2003 年第 1 期。

国内法上实施该条约，才能真正有效地得到实施。国际公法对这一问题没有统一规定，实践中各国基于对国际法与国内法关系的不同认识，采用了不同的方式使国际条约在国内得到实施。

（3）我国对国际犯罪的国内立法。我国关于国际犯罪的刑事立法可以细化为实体法和程序法两个方面。①我国对国际犯罪的实体法规定。自新中国建立以来，我国已先后加入了一系列规定国际犯罪的国际公约，如：规定了海盗罪和贩运奴隶罪的《联合国海洋法公约》；规定了侵害应受国际保护人员罪的《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表罪行的公约》；规定了毒品犯罪的《经1972年修正1961年麻醉品单一公约议定书修正的麻醉品单一公约》等。为了切实承担国际义务，履行打击国际犯罪的义务，1997年的《刑法》在很多方面体现了国际公约的精神。表现在：a. 总则上规定了普遍管辖原则，以此为确定对国际犯罪进行管辖的依据；b. 在分则上，对我国加入的国际公约中规定的一些国际罪行作了明确的规定。如对于国际恐怖主义活动的犯罪，我国在刑法及刑法的立法解释中，对于恐怖主义的犯罪作了比较详细、严密的规定；另外对于毒品犯罪，我国刑法典中也设有专门一节对此加以规定。[①] ②我国关于国际犯罪的程序法规定。我国关于国际犯罪的刑事程序法规定主要是存在于下列法律、法规和条约中：《中华人民共和国刑事诉讼法》是我国刑事诉讼所遵循的基本法律，其第17条规定：根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助；《中华人民共和国引渡法》详细规定了我国与外国开展引渡的原则、引渡的范围、具体方式、途径，该法是我国打击国际犯罪的重要刑事程序法；关于国际刑事司法协助的双边和多边条约[②]，包括以下几个方面的内容：其一是与有关国家签订的双边和多边引渡条约；其二是有关诉讼文书的送达和调查取证；其三是刑事司法程序的转移。

（4）对我国的国际犯罪国内立法加以完善的建议。我国在对国际公约的国内立法衔接上，已经做了很多工作，但是还存在一些问题，具体表现在：对于国际习惯法和条约在国内的效力以及国际法与国内法的关系，尚无直接而具体的规定；我国修订后的刑法典对于许多国际犯罪未设专章、专节、或专条加以规定，

---

① 参见黄芳：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社2001年版，第169—175页。

② 近年来，我国已批准了和部分国家的引渡条约或刑事司法协助条约，如全国人大常委会分别于2004年10月27日、2005年7月1日和10月27日批准了我国和莱索托王国、菲律宾共和国和巴基斯坦伊斯兰共和国的引渡条约，于2005年7月1日分别批准了和巴西联邦共和国、拉脱维亚共和国关于刑事司法协助的条约、于2005年12月29日批准了和秘鲁共和国关于刑事司法协助的条约。

我国已加入的国际公约中所规定的一些犯罪，如反人道罪、种族歧视罪等，这些罪名在国内刑法中没有规定，导致对此种罪行我国无法实行处罚；关于国际刑事司法合作方面的法律还不够完善。进行国际刑事司法协助，需要有国内的法律为依据，但是目前我国还没有建立起完备的司法协助法律。①

因此，我国有必要进一步完善国内立法，将国际犯罪予以国内立法化。有学者提出，应该遵循以下原则来进行此项工作：坚持国家利益与国际社会整体利益相结合的原则、刑事实体法与刑事程序法相结合的原则、普通刑法和特别刑法相结合的原则。② 在坚持以上原则的基础上，我国刑法采取两种方式来进行：①采用纳入式，即在刑法总则中增加一条"凡我国缔结或参加的国际条约中规定的国际犯罪，在我国国内法中尚未规定的，应参照国际条约的规定来处理"，这样一来，在已经确立了普遍管辖权的基础上，就可以直接以该公约来处理国际犯罪；②采用转化式，即将国际罪行予以特别规定，这样由刑法总则中所确立的普遍管辖权来确立管辖，由该特别立法作为实体法律依据，也可以解决此问题。

二者相比较之下，我认为采用第二种方法，即转化模式更合适一些：①转化模式有利于体现国家主权；②由国内刑法对国际法律规范加以规定，将国际罪行具体化，可以对国际罪行作出符合实际情况的定罪量刑标准，使得打击国际犯罪更具有可操作性；同时这种国内立法方式也有利于国内司法机关尽快掌握这种新的罪刑规定。

（二）本案中普遍管辖权适用问题研究

1. 阿丹·奈姆等被告所犯罪行构成国际犯罪的研究

（1）有关国际公约的罪行规定是本案成立国际犯罪的法律基础。与本案有密切关系的国际公约是《联合国海洋法公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》，我们先来看看其中是如何定义有关罪行的：

——《联合国海洋法公约》中对海盗罪的定义：

第 101 条　海盗行为的定义

下列行为中的任何行为构成海盗行为：

（a）私人船舶或私人飞机的船员、机组成员或乘客为私人目的，对下列对象所从事的任何非法的暴力或扣留行为，或任何掠夺行为：

①在公海上对另一船舶或飞机，或对另一船舶或飞机上的人或财物；②在任何国家管辖范围之外的地方对船舶、飞机、人或财物；

---

① 参见黄芳：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社 2001 年版，第 183 页。

② 参见黄芳：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社 2001 年版，第 184—186 页。

……

第 103 条 海盗船舶或飞机的定义

如果处于主要控制地位的人员意图利用船舶或飞机从事第一百零一条所指的各项行为之一，该船舶或飞机视为海盗船舶或飞机。如果该船舶或飞机曾被用以从事任何这种行为，在该船舶或飞机仍在犯有该行为的人员的控制之下时，上述规定同样适用。

第 104 条 海盗船舶或飞机国籍的保留或丧失

船舶或飞机虽已成为海盗船舶或飞机，仍可保有其国籍。国籍的保留或丧失由原来给予国籍的国家的法律予以规定。

第 105 条 海盗船舶或飞机的扣押

在公海上，或在任何国家管辖范围以外的任何其他地方，每个国家均可以扣押海盗船舶或飞机或为海盗所夺取并在海盗控制下的船舶或飞机，和逮捕船上人员并扣押船上财物。扣押国的法院可以判定应处的刑罚，并可以决定对船舶、飞机或财产所应采取的行动，但受善意第三者的权利的限制。[①]

——《制止危及海上航行安全非法行为公约》中对危害海上航行安全罪的定义：

第 3 条

Ⅰ. 任何人如非法并故意从事下列活动，则构成犯罪：

(a) 以武力或武力威胁或其他任何方式夺取或控制船舶；

(b) 对船上人员施用暴力、而该行为有可能危及船舶航行安全；

……

第 4 条

Ⅰ. 本公约适用于正在或准备驶入、通过或来自一个国家的领海外部界限或与之相邻国家的领海侧面界限以外水域的船舶。

Ⅱ. 在根据第一款本公约不适用的情况下，如果罪犯或被指控的罪犯在非第一款所述国家的某一缔约国的领土内被发现，本公约仍然适用。

第 5 条

每一缔约国应使第 3 条所述罪行受到适当惩罚，这种惩罚应该考虑到罪行的严重性。[②]

---

① 参见《联合国海洋法公约》，转引自张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 213—214 页。

② 参见《制止危及海上航行安全非法行为公约》，转引自张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 216—217 页。

上述两个公约分别定义了作为国际犯罪意义上的海盗罪和危及海上航行安全罪。本案中各被告人的行为与该两个公约的规定均有符合之处：①阿丹·奈姆等10人“在马来西亚的墨新乘坐事先准备好的两艘快艇出发……”，这符合《联合国海洋法公约》第101条中所称的“私人船舶”；“当晚阿丹·奈姆等人乘坐的两艘快艇在马来西亚海域追上泰国油轮‘暹罗差猜号’，阿丹·奈姆带领利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯先后登上‘暹罗差猜号’油轮，被告人首先控制驾驶台，并将受害人差猜·炎塞埃、能为·胜挪等17名泰国船员捆绑起来，关押在饭堂、走廊和船舱，轮流看守”，这种强行登临船只并捆绑、扣押该船只船员的行为，符合《联合国海洋法公约》第101条第（a）项的规定；②阿丹·奈姆等被告人以武力夺取“暹罗差猜号”，并劫持船舶继续航行的行为符合《制止危及海上航行安全非法行为公约》第3条第1款（A）项的定义。

因此，本案中的犯罪行为分别触犯了上述两个国际公约的规定，具备了构成国际犯罪所要求的法律形式，并且中国分别是这两个公约的缔结国，有权利也有义务依照国际公约的规定，履行相关管辖义务。[①]

（2）该海上抢劫行为对国际社会的严重危害性。阿丹·奈姆等被告人，在马来西亚海域携带武器强行登临他国合法商业船只，并劫持该船只沿马来西亚—菲律宾—中国台湾航线航行。被劫持的“暹罗差猜号”油轮价值人民币4 730 785元，船上所装载的柴油价值人民币3 610 000元，合计价值人民币8 340 785元，数额可谓巨大。更重要的是，抢劫行为的最初实行地处于马来西亚海域，而该海域位于马六甲海峡附近，众所周知，这条航线属于国际最繁忙的“海上黄金通道”，因而发生在这里的海盗抢劫行为必然对国际航运业投下一些恐怖的阴影；同时由于阿丹·奈姆等被告人，在登临、抢劫“暹罗差猜号”后，并没有离去，而是持续控制、劫持该船只在国际航线上航行，其航迹自北纬2°20′、东经104°15′直至北纬23°21′、东经117°21′，该行为应该被视为海盗行为的继续，依据《联合国海洋法公约》第103条关于海盗船的定义，可以认定这时的“暹罗差猜号”是海盗船，具有极大的危险性；而依据《联合国海洋法公约》第105条的规定，每个国家均可以逮捕（海盗船的）船上人员、扣押船只及其上的财物。

---

① 我国对这两个公约的签署、加入情况：1982年12月10日签署《联合国海洋法公约》，1996年7月7日对我国生效；1988年10月25日签署《制止危及海上航行安全非法行为公约》，1992年3月1日对我国生效。参见外交部网站资料：http：//www. fmprc. gov. cn。

另外，在该行为的影响范围上，首先是侵害了“暹罗差猜号”船员（17 名泰国籍公民）的人身权利，也侵犯了该船船东（泰王国暹罗蒙昆船务有限公司）的财产权；另外侵害了马来西亚的海上安全秩序（海盗抢劫行为），破坏了菲律宾、中国的海上安全（海盗船的进入），其影响范围不是局限于某个别国家，而是影响到很多国家，具有相当的国际性。

结合上述两点，可以认为阿丹·奈姆等被告人的行为，是严重危害国际社会安全的行为。

（3）该海上抢劫行为应当承担刑事责任的分析。

《联合国海洋法公约》第 100 条规定各国都有合作制止海盗行为的义务，第 105 条规定各国可以扣押、逮捕嫌疑人，法院可以判定相应的刑罚。这就是说，这种海盗行为应该受到惩处，但是应该由履行管辖义务的国家来具体确定刑罚的种类的程度；《制止危及海上航行安全非法行为公约》第 5 条规定，各国应该使这种（危及海上航行安全）罪行受到适当惩罚，该惩罚应该考虑到罪行的严重性。

这两个公约都阐明了对（这种）犯罪行为应该加以惩处的观点，在表明国际社会对其关注程度的同时，也说明该行为应承担刑事责任。

结论：综合以上三点，本案完全具备国际犯罪的三个特征，可以认为阿丹·奈姆等被告人的行为是国际犯罪。

2. 本案中的国内法律适用

（1）中国对被告人的合法控制是进行审判的必备前提。本案审理过程中的一个重要问题是中国警方在何处抓获被告人，这是我国行使管辖权的重要前提。因为依据国际法，一国的国家船舶（军用、警用、海关等船舶）无权到其他国家的海域去抓捕国际罪犯；国家船舶有权在国际公海对确有国际犯罪嫌疑的船舶、人员进行扣押、审查，但是事实上，在国际公海执行巡逻任务的国家船舶是很少的，因为国家更关注的是其自身海域（领海、毗连区、专属经济区）的安全和稳定，所以在公海上一般是难以有国家船舶来执行防范、打击国际罪行任务的。当然不排除特殊情况下某些国家在国际公海上用军事力量来维护国际航行安全的，比如美国海湾战争期间曾出动军事力量维护其亚太航线的安全，但这具有典型的军事、政治、经济价值，而不是一般意义上的管辖。所以说，如果中国警方是在我国海域内抓获被告人的，就可以合法确立我国的管辖权。在本案中，重要的证据是被抓获的船只上的海上航行图。因为作为海上航行，海图是每条船必备的文书，其中均详细的标注、记载了本船的航行路线等资料。根据法庭审理过程中对“暹罗差猜号”海图的查证，上面清楚地记载了该船只的航行路线，并由当时船

舶的实际控制人阿丹·奈姆在海图上对其被抓获地加以标注，该证据表明中国警方在东经117°21′、北纬23°21′（中国南海南澳岛附近海域）抓获该船只以及船上人员。据此，中国警方是在我国海域抓获阿丹·奈姆等被告人的事实可以确认，也就是说中国是合法地具有了对阿丹·奈姆等被告人的管辖权。退一步说，即使中国警方在公海上发现海盗犯罪嫌疑船只，也是可以对其加以扣押、审查的，只是这种情况极少发生而已。

（2）两个国际公约的选择使用。本案案情基本符合上述两个国际公约的规定，就有必要进一步探讨，以明确：我国应该依据哪一个公约，更有利于管辖权的确立？也就是说哪个公约的罪行规定更符合本案中的犯罪行为。同时，还要考虑选择哪个公约有利于国内刑法的适用？也就是说要考虑国内刑法的现行规定哪个公约的罪行规定衔接的更好一些。

首先从两个公约自身的规定来看，《联合国海洋法公约》中规定了海盗罪行是可以普遍管辖的国际罪行，其中强调了必须是发生在“公海上”的海盗行为；《制止危及海上航行安全非法行为公约》也规定危害海上航行安全罪是可以普遍管辖的国际罪行，公约第4条规定了其适用范围是：“本公约适用于正在或准备驶入、通过或来自一个国家的领海外部界限或与之相邻国家的领海侧面界限以外水域的船舶。在根据第1款本公约不适用的情况下，如果罪犯或被指称的罪犯在非第1款所述国家的某一缔约国的领土内被发现，本公约依然适用。”

由于上述公约均涉及海洋法律制度，有必要对关键术语加以解释。“公海”一词，在传统国际法中，一般是指各国领海以外的所有海域。1958年《公海公约》沿用了传统观点，但是当代国际海洋法把专属经济区排除在公海之外。《联合国海洋法公约》第86条规定公海是指不包括国家的专属经济区、领海或内水或群岛国家的群岛水域内的全部海域。“领海”是在一国主权管辖之下的海域，其宽度不得大于12海里。外国船舶（有的国家对外国军舰作出保留）在领海中享有无害通过权。①

在本案中，阿丹·奈姆等被告人开始实施海盗抢劫行为地在北纬2°20′、东经104°15′，该地属于马来西亚海域。因此从表面看，这个海盗行为不是发生在公海上，不符合《联合国海洋法公约》对海盗罪行的定义。

在《制止危及海上航行安全非法行为公约》中，其适用范围包括公海以及毗连区，比《联合国海洋法公约》要广一些，并且由于“暹罗差猜号”来自新加

① 参见林欣：《海洋法中的刑事管辖权》，载中国国际法学会、王铁崖、李浩培主编：《中国国际法年刊》（1983），中国对外翻译出版公司1983年版，第208页。

坡，案发当时正在通过马来西亚海域，属于正在通过一国领海而“准备驶入一国领海界线以外水域”，所以完全符合《制止危及海上航行安全非法行为公约》的适用要件。在本案判决书中，法院正是依据《制止危及海上航行安全非法行为公约》来确认本案具有国际犯罪性质的，其表述为“阿丹·奈姆等 10 人以夺取船只及船上货物为目的，在国际航线上非法登临他国船只，以胁迫、捆绑手段制服船员后劫夺并控制船只的行为，符合《制止危及海上航行安全非法行为公约》第 3 条第 1 项（A）规定的要件，构成犯罪，依照《中华人民共和国刑法》第 9 条的规定……”

在这个问题上，我认为法院引用的《制止危及海上航行安全非法行为公约》不是很贴切，不如引用《联合国海洋法公约》，理由如下：①抢劫行为最初发生地不在公海，不能决定整个行为不构成海盗罪。诚然，阿丹·奈姆等被告人，在马来西亚海域强行登临被害船只“暹罗差猜号”，由于该海域属于马来西亚，不符合《联合国海洋法公约》第 101 条对海盗行为的定义中所要求的“在公海或在任何国家管辖范围以外的地方”，一开始不能将这种“海盗”行为等同于国际刑法意义上的海盗罪，但是由于阿丹·奈姆等被告人在夺取、控制“暹罗差猜号”后，继续驾驶该船行驶在国际航线上，并离开马来西亚海域，其航线从北纬 2°20′直至北纬 23°21′，跨越纬度达 21°，依照该公约第 103 条关于海盗船舶的定义，当该船仍处于“犯有该行为的人员控制之下时”，该船舶应被视为海盗船。所以在阿丹·奈姆等被告人控制“暹罗差猜号”离开马来西亚海域继续航行在国际航线上时，“暹罗差猜号”就可以被视为海盗船，有关国家可以依据该公约规定的普遍管辖权对其加以扣押、逮捕、审判。②本案犯罪目的明显属贪利性，若定性为危及海上航行安全罪则难免牵强。海盗罪的目的在公约中被定义为“私人目的”，有学者指出，所谓私人目的，是相对于政治目的而言，通常表现为意图抢劫和掠夺另一船只或飞机上的财物。[①] 而危害海上航行安全罪在主观上虽然也是故意，但不要求这种“私人目的”。本案中，结合阿丹·奈姆等被告人的整个行为表现，“密谋抢劫，预备船只、武器，强行登船，捆绑受害船员，后涂改被抢船只标识，到中国海域销赃”等一系列行为以及被告人的供述，可以认定其出于营利意图，因而符合公约所要求的“私人目的”。相反，行为人的行为并不是以危害海上航行安全为目的，并且各被告人均为海员，均有航行经验，他们控制、驾驶船只，虽然剥夺了被害船只“暹罗差猜号”正常航行的权利，但是并没有危及其他船舶的正常航行，而且从其主观意图上来说，是不存在危害航海安全

① 参见张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 214 页。

的目的的，并且正是由于各被告人意图抢劫“暹罗差猜号”，所以危及该船的航行就是其实现真实意图的一个必要步骤。③从有利于正确适用国内法罪名来看，抢劫罪名比较合适。由于普遍管辖权只是确立管辖权之依据，有关公约没有也不可能对各国如何定罪量刑作出明确统一的规定，所以在确立管辖权后，就要由国内法律来规定具体的罪名和刑罚了。而这当然有赖于国内法与国际公约的良好衔接、配套，但是在具体案件发生时，如果国内法没有很好的相应配套规定，也不可能再去为了一个案件而专门补充立法。所以从国内法与国际公约结合的角度看，应该选择国内法律能够更加准确反映其实质的公约。《制止危及海上航行安全非法行为公约》确认了对危害航海安全罪行的普遍管辖权，我国刑法典中与之有相似之处的是危害公共安全罪一章中的劫持船只罪，但是此罪名不能很好地符合危害海上航行安全罪的国际性特征，另外公约要求对该种罪行的惩罚应考虑到其罪行的严重性，而该罪的基本量刑是“5 年以上 10 年以下有期徒刑”，与其严重危害性相比，显得较轻。

《联合国海洋法公约》规定海盗罪行是可以普遍管辖的国际罪行，我国刑法没有海盗罪名，但是抢劫罪的构成要件比较适合这种以“私人目的”为主观要件的国际犯罪。而且我国的抢劫罪刑罚力度很大，可以与海盗罪行的严重性相对照。

综上所述，我认为一审法院依据《制止危及海上航行安全非法行为公约》来确认中国对本案的管辖权，虽然没有错误，但是不如适用《联合国海洋法公约》，这样会更加清晰、完整，也为后面引用中国刑法典的相应罪行规定打下更好的基础。

（3）本案应该定性为抢劫罪还是走私普通货物罪。在本案审理过程中，被告人利都安·喜拉依特、约翰·罗斯曼多的辩护人均提出本案定性不准，应该是走私普通货物罪的辩护意见。走私普通货物罪是我国刑法分则第 3 章第 2 节走私罪中的一个具体罪名，其构成要件是：主观上是故意，并且一般是出于不缴纳关税的目的；客观上表现为违反海关法规，逃避监管，非法运输、携带、邮寄普通货物；侵犯的客体是国家对外贸的监管制度。[①] 据此，对照本案事实，我认为上述辩护意见在以下方面不当：①走私普通货物罪是一种逃避应缴关税、情节严重的行为，其目的是逃避关税而牟利。从刑法第 153 条对本罪依据逃税数额的大小进行渐进式量刑的规定，可以合理的予以推断出本罪的立法着眼点在于用刑罚遏制这种逃避关税行为。而本案行为中被告人与中国杂货船“正阳一号”联系接驳柴

① 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 533 页。

油，是一种销赃行为，其目的不是逃避监管、偷逃关税，而是将赃物销售获得财产利益，被告人是不会去海关正常报关、进口该批柴油的。因此本案中的犯罪主观方面不具有走私普通货物罪所要求的逃税牟利目的。②由于被告人的犯罪行为是一个连续、不可分割的整体，前面的海盗抢劫是其获得对该批柴油控制权的必经过程，后面的销赃获利是其海盗抢劫行为真实意图的最终落实。如果仅仅认定这是走私普通货物罪，就将整个犯罪过程人为地分开，不能准确地反映该犯罪的全貌，而且也没有哪个国家的刑法规定或哪种刑法理论认为一个连续、完整的犯罪可以被人为分割开来、单独处理。③从侵犯客体来说，这种行为的性质根本就不是商业贸易行为，而是买卖赃物，因此，它不是侵犯我国的外贸监管制度。而是侵犯了国家对合法财产的保护。

因此，该辩护理由是不能成立的，法院没有将其认定为走私普通货物罪，是正确的。

（三）本案中普遍管辖权与国家主权、其他管辖原则的关系

1. 本案中的普遍管辖与国家主权

（1）普遍管辖体现了对国际社会共同利益的保护，而不构成对其他国家主权的干涉。主权是国家的重要特征，对国际犯罪实行普遍管辖，是各个主权国家的共同利益要求和共同意志的体现。[①] 另外，每个国家对普遍管辖的适用是有条件的、具补充性的（所谓补充性，仅指当一个国家无法通过其他管辖原则获得管辖权时才可以使用该原则），它不包括任何超越国家主权的权力，它只是规定国家可以在本国主权范围内对实施国际犯罪的人进行管辖，而没有赋予任何国家到其国家主权范围之外去充当“世界警察”的权利。所以应该说，国际社会共同认可的普遍管辖，正是由各国为了维护世界的正常秩序而在一定程度上对其主权的让渡而达至的一项重要法律成果。它在实质上并不否认和取消国家主权，也不构成对国家主权的侵犯。

（2）中国对本案行使管辖权，有着充分的法律依据，没有侵犯别国主权。本案中，由于阿丹·奈姆等被告人是在马来西亚海域开始实行海盗抢劫行为的，这时其处于马来西亚主权管辖之下。但是因为整个犯罪行为处于持续发展的过程中，随着阿丹·奈姆等被告人劫持船舶继续航行在马来西亚—菲律宾—中国台湾的国际航线上，该被劫持的“暹罗差猜号”油轮就已经属于《联合国海洋法公约》所定义的海盗船，任何国家都有权依据该公约所赋予的普遍管辖权进行管辖。中国作为该公约的缔约国，当然有权也有义务对其进行管辖。同时，由于该

---

① 参见张智辉：《国际刑法通论》（增补本），中国政法大学出版社 1999 年版，第 87—90 页。

油轮是在进入中国海域进行销赃，处于中国的主权管辖范围内，可以合法的获得对本案的管辖权。

普遍管辖承认各个国家对国际罪行都有管辖权，这是一种授权性质的权利，中国据此就可以进行管辖。如果马来西亚也主张对本案进行管辖，那么其依据的并不是普遍管辖，而是属地管辖权。这种两个以上国家对同一案件主张管辖权的情况，就涉及国家之间的司法协作，本文对此不加以研究，只是就此说明马来西亚当然也可以主张对本案行使管辖权，但能否取得，有赖于其与中方的协调和沟通。即使马来西亚没有获得管辖权，中国对本案的管辖也丝毫没有侵犯其主权。

2. 普遍管辖与其他管辖原则的关系

就当前世界各国刑法所规定的管辖权而言，不外乎属人原则、属地原则、保护原则以及普遍管辖原则四种原则。从国内刑法适用的角度来说，普遍管辖权与属人原则、属地原则、保护原则相比较，具有以下特点：①行使普遍管辖权的国家与所管辖的案件间没有任何直接联系。②只有当其他管辖原则不能适用时才可以考虑适用普遍管辖，因此普遍管辖具有补充性。③如果案件和行使管辖权的国家之间存在一定的联系因素，则不可适用普遍管辖，而应适用其他相应管辖原则。也就是说普遍管辖不可以与其他管辖权共同适用，不可并存。

为了更好地反映出这几个特点，在这里引用两个典型的普遍管辖权适用案例加以形象化说明：

案例一：艾希曼案

艾希曼是二战期间德国纳粹政府犹太人事务局的头目，在纽伦堡国际军事法庭上被指控犯有反人道罪。但是在德国战争失败后，艾希曼就化名潜逃了，纽伦堡国际军事法庭当时未能对其进行审判、惩处。按照联合国所确认的纽伦堡审判原则，艾希曼所犯之反人道罪属于各国可对其实行普遍管辖的国际犯罪。1960年以色列情报机构获悉艾希曼藏匿于阿根廷，便派人秘密将其绑架空运到以色列并进行了审判，艾希曼辩称他并非以色列人，犯罪行为也不在以色列，犯罪时以色列国尚未成立，因此以色列对他没有管辖权。以色列最高法院认为艾希曼所犯的是一种战争罪行，按照纽伦堡国际军事法院的审判原则，各国都有权对其进行管辖，以色列当然也可以管辖。事后，联合国安理会指出这一行为构成了对阿根廷主权的侵犯，但是默许了以色列对艾希曼的刑事管辖权。①

---

① 参见黄京平、石磊、蒋熙辉：《论普遍管辖原则及其实践》，载高铭暄、赵秉志主编：《当代国际刑法的理论与实践》，吉林人民出版社2001年版，第224页。

案例二：比利时法院对4名卢旺达人的审判

1993年，比利时立法机构通过了一个法律，授权比利时国内司法机构可以对违反1949年关于国际人道法四个公约的事件进行起诉。1994年卢旺达发生大规模种族灭绝事件。很多卢旺达人逃亡国外，由于比利时以前曾经是卢旺达的宗主国，与该国有较传统、密切的联系，因此很多卢旺达人就逃到了比利时。其中有四个人，他们原本是在教堂里工作的神职人员，由于卢旺达是一个宗教信仰氛围很浓厚的国家，教堂被公认为庇护所。所以在1994年种族大屠杀发生时，很多人逃到教堂里以躲避战乱。这四个被告人把那些被追杀的图西族人引进教堂里，然后马上又去报告当地的武装部队和胡图族的武装人员，于是教堂被包围了起来，武装人员往里面扔手榴弹等，野蛮的进攻造成在里面避难的人死伤惨重。这四名卢旺达神职人员因为这个原因在比利时受到起诉，其中两人被判有罪。本案中被控罪行发生地在卢旺达，被起诉的四个人国籍也是卢旺达，被他们杀害的也都是卢旺达人，与比利时一点关系也没有。但比利时的法院依据普遍管辖的原则，用本国的法律审理与自己国家或国民没有任何联系的案子。①

从上面所引述的两个案例，可以看出普遍管辖的适用是主权国家出于对国际罪行的关注而依据其国内法对之进行的管辖，而且这两个案件与行使管辖权的国家间都没有任何直接联系，突出地表现出了普遍管辖与其他管辖权之间的上述特点。

六、本案诉讼程序中的问题

适用普遍管辖权，其诉讼必然涉及外籍被告人，属于涉外案件，在诉讼程序上应该有一些特别注意之处。

（一）本案中刑事诉讼各管辖机关的确立

依据《中华人民共和国刑法》第9条规定，中国行使普遍管辖权的案件，具体应该由哪些机关来行使管辖呢?

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第20条第3项规定，外国人犯罪应由中级人民法院管辖；另外据最高人民法院发布自1998年9月8日起施行的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第7条第2款规定，依据普遍管辖权审理的案件，由被告人被抓获地的中级人民法院管辖。据公安部发布并于1998年5月14日施行的《公安机关办理刑事案件程序规定》第326条规定：外国人犯中华人民共和国缔结或者参加的国际条约规定的罪

① 参见朱文奇2003年4月18日在复旦大学所作的演讲："国际刑法的新进展"，引自《北大法律信息网》，网址：http：//chinalawinfo. com/fzdt/。

行后进入我国领域内的，由该外国人被抓获的地（市）级以上公安机关立案侦查。而检察机关的确立则可按属地原则，受理其对应的公安机关移送起诉的案件，并向与其对应的人民法院提起公诉。

根据以上所述，确立行使普遍管辖权的具体机关，首要在于确立犯罪人的被抓获地。本案中，广东边防总队海警二支队在我国海域东经 117°21′、北纬23°21′发现并抓获犯罪嫌疑人，此处为被告人被抓获地，由于该海域属于汕头市，边防警察后将犯罪嫌疑人移送地方公安机关，即汕头市公安局立案侦查，即确立了对本案的侦查管辖；在审理上由汕头市中级人民法院对本案实行管辖。

（二）对外籍诉讼参与人的诉讼权利保护

1. 由于外籍诉讼参与人在语言交流上存在障碍，因此在侦查、审查起诉、审理等诉讼的各阶段，均应该有翻译参与。这也是法律明确要求的。

2. 由于外国籍的被告人在语言、文化、对法律的认知等方面存在差别，司法机关在对被告聘请翻译的同时，还应当根据我国已经参加的有关国际公约的规定，例如应该依据《维也纳领事关系公约》的规定，应当及时将诉讼情况通过外交途径对被告的家属进行送达，向被告人所在国的驻华使领馆通报诉讼活动的安排，等等。根据最高人民法院发布的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 321 条规定“人民法院审理涉外刑事案件及处理结果，应当及时通报外事部门”；第 334 条规定“外国籍被告人被逮捕、审判或者在案件审理中死亡，应当通知其所属国家的驻华使、领馆，并按照有关规定处理”。在本案中，司法机关对这方面规定的落实还存在一些不足，例如有的被告人的辩护律师指出：在其参与辩护的该抢劫案中，律师通过阅卷及会见被告人，没有发现司法机关按规定办理涉外送达和告知的材料记载，如逮捕犯罪嫌疑人家属通知书、开庭通知书等。①

在本案开庭审理过程中，被告人多次向法庭提出询问：“今天对我们的审判是否通知了印度尼西亚驻华的使、领馆?”“为什么我们国家的外交人员没有到法庭来?”“对于我们的审判是否通知了我们的家属?”“为什么我们的家人和使馆人员没有一点消息?”对当事人的这些询问，法庭和检察官在口头上回答了被告人的发问，表示开庭日期已经通知了印度尼西亚领事馆，他们为什么没来不清楚。在辩护人向公诉人发问，辩护人在查阅卷宗时并没有看到对被告家属送达的诉讼文书时，公诉人回答说他们对外方当事人的送达都是委托外事部门去办的，但对于他们办没办，如何办却无法回答，对于委托外事部门的手续以及外事部门送达

① 参见：http：//www.gdsplaw.com/pro1/news-5.htm。

的回证等材料，也未能出示，这说明我国在这些方面尚需改进。

（三）涉外刑事案件要严格遵守诉讼时效的规定

关于严格按照办案期限审理案件问题，刑事诉讼法有明确的规定，最高人民法院、最高人民检察院和公安部分别发出多个通知和解释要求严格执行审限规定，如 1998 年 10 月 19 日发布的《关于严格执行刑事诉讼法关于对犯罪嫌疑人、被告人羁押期限的规定坚决纠正超期羁押问题的通知》等。在本案中，阿丹·奈姆等 10 名被告人于 1999 年 6 月 29 日被监视居住，同年 7 月 13 日被刑事拘留，同年 9 月 21 日被逮捕，2000 年 1 月 20 日被提起公诉，2002 年 5 月 13 日、14 日进行开庭审判，直到 2003 年 1 月 15 日法院才作出了一审判决。尽管由于本案属于涉外案件，审理难度较大，审限相对长一些是可以理解的，但是从本案被告人被限制人身自由之日起直至作出一审判决之日止，其间竟长达 3 年之久，超期办案现象可见一斑，说明涉外刑事诉讼案件违反审限的规定极其严重。上述问题的存在反映出我国司法机关对既有的相关程序法没有及时、全面地落实，办案效率不高，这种做法不利于对外籍被告人的诉讼权利进行保护，未能体现出我国司法机关依法办案，注重对人权保护的良好司法形象，使被告人对于诉讼活动的合法性和公正性产生疑虑。

从本案的处理可以看出，在保护外国籍当事人合法诉讼权利方面，我国目前对于涉外刑事诉讼的立法和司法解释还不完善，一些在司法实践中可供实际操作的细节尚属立法空白，亟待明确、严谨的法律规范，建议最高人民法院早日出台涉外刑事诉讼程序的实施细则和办理涉外案件法律适用问题的范本，以适应目前我国承担国际义务日益增多的新形势。

七、执行上的移管问题

（一）移管的基本内容

1. 移管的概念

对外籍犯罪人宣判有罪并判处监禁刑罚后，如何更好地执行，是一个值得考虑的问题。可以考虑“移管”这一新颖的国际合作执行方式。

一般来讲，被判刑人移管，就是指一国对经本国法院审判认定有罪并被处以自由刑的外国人移送给其国籍国或惯常住所地国，使其在自己熟悉的环境中服刑并改造的国际刑事司法协助制度。[①] 这一问题事实上早已引起了国际社会的关

---

① 参见张明：《被判刑人移管及与相邻制度比较研究》，载张智辉主编：《国际刑法问题研究》，中国方正出版社 2002 年版，第 166 页。

注，第五届（1975年）、第六届（1980年）、第七届（1985年）联合国预防犯罪和罪犯待遇大会上都讨论了这一问题，其中第七届大会上还通过了《关于外国囚犯移管的示范协定》，这个问题包括两个方面：一方面是由判刑国将被判刑人移交给被判刑人的国籍国或居留国，另一方面是由接受国对移交的罪犯执行判决。这个移管程序的启动，可以由判决国提出请求，也可以由罪犯的国籍国提出请求，但是双方国家都必须有国内法律的明确规定，被移管的人只能是在判决国犯有可移管之罪的接受国的国民或居民。[①] 这一制度的特征是：①移管适用的对象是被判处自由刑的外籍犯。自由刑，包括剥夺自由刑和限制自由刑；②移管的目的是为了使被判刑人回到其国籍国或惯常住所地国，使其在相对熟悉的环境中服刑，以利于对其进行改造并重返社会；③被判刑人移管执行是承认与执行外国刑事判决的一种形式；[②] ④被判刑人移管也是一种国际刑事司法协助制度。

2. 移管的原则

（1）互相尊重国家主权和管辖权原则。在被判刑人移管中，判刑国和执行国在各种权利的转让和接受中有时会出现“权力交叉”的情况，就需要依照处理国家间关系的基本原则来进行，也就是以互相尊重主权为开展一切合作的基础，具体到这里，也就是要互相尊重对方国家的管辖权。据此，对于该犯罪人，仅有原判决国可以决定复审判决的申请。

（2）双重犯罪原则。通常只有当被判刑人所犯的罪行根据判决国和接受移送国的法律均构成犯罪时才可以进行移管。这也不难理解，因为普遍管辖的适用罪行是国际犯罪，而规定国际罪行的国际公约是世界上大多数国家予以认可并缔结的，所以适用普遍管辖审判的罪犯一般都是符合这一要求的。

（3）有利于被判刑人原则。移管的目的就是为了能够给被判刑人的服刑生活和刑满释放后重返社会带来有益的效果。这个原则的重要表现是移交被判刑人应尊重被判刑人的自主选择，以被判刑人的同意为基础。

（4）一罪不二罚原则。对判刑国而言，一旦执行国对被判刑人移管后执行了其判处的刑罚，判刑国就应该承认该执行在自己国家内执行具有同样的效力；对执行国而言，它不可以对该被移管的人以同一罪行触犯本国法律为由再次进行审判或处罚。[③]

---

① 参见甘雨沛、高格：《国际刑法新体系》，北京大学出版社2000年版，第442—443页。

② 参见张明：《被判刑人移管及与相邻制度比较研究》，载张智辉主编：《国际刑法问题研究》，中国方正出版社2002年版，第167—170页。

③ 参见甘雨沛、高格：《国际刑法新体系》，北京大学出版社2000年版，第444—445页。

（二）中国关于移管执行的立法和实践

在国际法律层面，联合国制定的《被判刑人移管模式协定》成为各国在被判刑人移管方面进行合作的样本。中国已经认识这方面的重要性并开始加入到这一国际司法合作新领域。与有关国家已达成相关条约，如 2002 年 12 月 2 日中国与俄罗斯签署了《中华人民共和国与俄罗斯联邦关于移管被判刑人的条约》[①]，该条约详细规定了双方移管的刑罚种类、途径、程序、审查等详细内容。这是我国与其他国家开展移管的有效探索，其确立的原则和程序，对今后与别的国家签订移管条约打下了良好的基础。

我国也有相关移管的例子：喀麦隆公民孔某因触犯我国刑律被青岛市中级人民法院于 1999 年 12 月 13 日判处有期徒刑，并收押在山东省青岛市监狱服刑。该被判刑人因健康原因在服刑生活中遇到困难，喀麦隆政府请求中国政府将其移管回喀麦隆服刑。在喀方对中方提出的条件做出承诺后，我国司法部、外交部、公安部、最高人民法院和最高人民检察院就同意喀方移管达成一致意见。据此，司法部部长张福森签发了《关于将喀麦隆籍被判刑人移交给喀麦隆共和国主管机关继续执行刑罚的命令》。根据中喀双方的安排，2004 年 2 月 22 日在北京首都机场举行了交接仪式，我国司法部代表将被判刑人孔某移交给喀麦隆代表。中喀双方代表签署了交接笔录。交接仪式后，由喀麦隆工作人员乘国际航班将该被判刑人带离出境回国。中喀之间的这次合作是中国同有关国家在无条约关系的情况下，以个案方式在被判刑人移管领域开展的一成功的合作案例。中国将在平等互惠的基础上同有关国家在这一领域开展更多的合作。[②]

（三）对本案中阿丹·奈姆等罪犯执行移管的建议

本案中的案犯阿丹·奈姆等人均为印度尼西亚公民，被判处有期徒刑，在中国服刑可能将会由于语言不通、生活习惯差异等而导致行刑效果不佳，可以考虑对其予以移管执行。而且对本案予以移管执行是有可能性的：

（1）由于本案罪犯的罪行是海盗罪，该行为在印度尼西亚也构成犯罪，所以符合双重犯罪原则。

（2）因为阿丹·奈姆等罪犯是印度尼西亚公民，在中国服刑可能不适应。而且他们在中国服刑期限均很长（最短的是有期徒刑 10 年），当刑罚执行完毕后，将他们驱逐出境，那么他们回到印度尼西亚后，将会处在一个完全陌生的环境

---

① 参见北大法律信息网：http：//www.chinalawinfo.com。

② 参见中国普法网：http：//www.legalinfo.gov.cn/sfxz/2004—02/24/content_76662.htm。

中，回归、适应当地生活环境将会十分困难，因而刑罚效果不佳。相反，如果让他们回到印度尼西亚继续服刑，将有利于他们今后的回归社会，过上正常的生活。所以这种移管执行是有利于被判刑人的。

（3）中国和印尼之间已有的司法协助条约是双方开展移管合作的良好基础。中国和印尼政府之间已经签订有《中华人民共和国和印度尼西亚共和国关于刑事司法协助的条约》①，本条约虽然没有明确规定双方进行移管执行方面的合作，但是对于双方增进相互了解、加强刑事司法合作奠定了基础，而且该条约第2条规定："本条约不减损双方之间根据其他条约、安排等存在的义务，也不妨碍双方根据其他条约、安排等相互提供协助。"这也就为双方进一步开展移管执行方面的合作打下了制度性基础。

因此我们认为中国和印尼双方就此案的案犯移管执行是可以达成移管协议的。具体操作可以参考中喀双方已经成功进行合作的程序，由中国和印度尼西亚有关司法当局进行协商。可以是由一方（例如印尼）首先提出请求，在互相尊重主权和管辖权的前提下，在承认中国生效判决的基础上，依照双重犯罪和一罪不二罚的精神，进行平等、友好的磋商，是完全可以将阿丹·奈姆等10名罪犯移交到印度尼西亚执行的。

八、结语

普遍管辖权作为国际社会共同合作以遏制国际犯罪的一项重要法律成果，在国际刑法和国际刑事司法合作中有着重要的意义。中国刑法第9条确认了对我国参加的国际公约所规定的罪行，在我国所承担的条约义务范围内应该予以管辖，并适用中国刑法。但是这种管辖权对国内司法机关而言，对于具体案件在什么情况下可以适用，如何适用，毕竟是比较陌生和不好把握的。本文通过选取近年来发生在中国的一个真实案例，对其中的普遍管辖权及法律适用作了一个较全面地研讨，力求能够对我国司法机关更好地大胆应用普遍管辖权有一点启发。在写作体例上，本文以提出问题、解决问题作为体例。在前言部分简单提出研究对象——普遍管辖权的适用，然后在第一部分将本案事实以及控、辩、审三方的意见和最后审判结论予以交待，在交代事实的基础上提炼出三个大问题，①本案中普遍管辖权的适用；②普遍管辖诉讼中的特殊问题；③对本案罪犯的移管执行。在第二部分重点研究普遍管辖权。首先简要介绍了普遍管辖权的基本内容，在此基础上，对本案中普遍管辖适用的依据、国际犯罪成立要件以及有关

① 参见中国法院网：http：//www.chinacourt.org/flwk。

国际公约的选择适用进行了详细分析研讨，并对国际公约和国内刑法规定的结合作了相应分析，也具体分析了本案适用中的罪名选择问题。第三部分，主要是诉讼中的几个应该注意的问题。第四部分，考虑到本案中罪犯是外籍人士，为了更好地执行监禁刑罚，提出了对罪犯予以移管执行的建议。

普遍管辖权是一个大的法律范畴，本文没有也不可能对其进行全面的研讨，只是结合本案中反映出的一些突出问题进行了研究；随着中国的国际地位日益提高，我国在打击国际犯罪领域也将承担越来越多的义务，可以合理预见，普遍管辖权的应用会日益广泛，希望本文的粗浅观点对于司法实务，能够起到一定的参考作用。

（撰稿人　胡乩生*）

* 北京市西城区人民检察院干部，法学硕士。

附录：

广东省汕头市中级人民法院
刑事判决书

（2000）汕中法刑一初字第22号

公诉机关：广东省汕头市人民检察院

1. 被告人阿丹·奈姆（英文名 ATAN NAIM，护照号码：H212297），男，1948年6月20日出生，印度尼西亚共和国国籍，初中文化，海员，住印度尼西亚苏门答腊岛加班巴路县印得拉吉丽胡依丽村。

指定辩护人黄玉海，广东省汕头市法律援助中心律师。

2. 被告人利都安·喜拉依特（英文名 RIDUAN STRAIT，护照号码 G473535），男，1970年10月10日出生，印度尼西亚共和国国籍，初中文化，海员，住印度尼西亚苏门答腊岛北部西第加郎42号。

指定辩护人宋伟国，广东潮之荣律师事务所律师。

3. 被告人达马·步得拉（英文名 DHARMA PUTRA，护照号码 H265648），男，1969年12月29日出生，印度尼西亚共和国国籍，初中文化，海员，住印度尼西亚加里曼丹省刹马玲达市山巴思街161号。

指定辩护人康楚锋，广东省汕头市法律援助中心律师。

4. 被告人约翰·罗斯曼多（英文名 JONI ROSMANT，护照号码 H377056），男，1961年1月18日出生，印度尼西亚共和国国籍，初中文化，海员，住印度尼西亚里澳岛希劳槟榔市干风爪哇街18号。

指定辩护人吴克志，广东博尔律师事务所律师。

5. 被告人乌山·阿瓦思得·阿喜羊（英文名 USMAN AHMAD ARKHIANG，护照号码 E635041），男，1959年4月21日出生，印度尼西亚共和国国籍，初中文化，海员，住印度尼西亚巴登岛布吉思翁松阿得岭街2号。

指定辩护人罗华山、陈映红，广东中大中律师事务所律师。

6. 被告人迪尼·木达（英文名 DINI MOKHTAR），男，1960年8月12日出生，印度尼西亚共和国国籍，小学文化，海员，住印度尼西亚巴登丹绒里澳村

（以上基本情况系迪尼·木达自报）。

指定辩护人张郁章，广东南方星律师事务所律师。

7. 被告人渥里·默默希特（英文名 WILLY MAMAHIT，护照号码 G227750），男，1960 年 3 月 20 日出生，印度尼西亚共和国国籍，初中文化，海员，住印度尼西亚东雅加达市 RT°IRW°S 克普巴拉马加山齐炳琅亚山街。

指定辩护人陈文斯、曾爱东，广东国源岭东律师事务所律师。

8. 被告人渣依那·宾·沙拉卡（英文名 ZAINAL BIN SARAKA，护照号码 G338633），男，1960 年 11 月 14 日出生，印度尼西亚共和国国籍，小学文化，海员，住印度尼西亚里澳岛丹绒槟榔路柏母大街 3 巷 12 号。

指定辩护人苏忠，广东思迪律师事务所律师。

9. 被告人穆罕默德·沙飞里（英文名 MUHAMAD SAPRI，护照号码 E540506），男，1960 年 9 月 2 日出生，印度尼西亚共和国国籍，小学文化，海员，住印度尼西亚里澳岛丹绒槟榔路 2 号。

指定辩护人刘若琳，广东岭海律师事务所律师。

10. 被告人那沙·凯（英文名 NASAR·K），男，1949 年 2 月 14 日出生，印度尼西亚共和国国籍，初中文化，海员，住印度尼西亚雅加达北部丹绒柏里约瓦拉卡第 5 巷 68 号（以上基本情况系那沙·凯自报）。

指定辩护人陈来喜、彭宏图，广东科源律师事务所律师。

上列 10 名被告人均因本案于 1999 年 6 月 29 日被监视居住，同年 7 月 13 日被刑事拘留，同年 9 月 21 日被逮捕。现均羁押于广东省汕头市看守所。

上述 10 名被告人的翻译周登昌，汕头市外语协会会员。

广东省汕头市人民检察院以汕检刑二起（2000）字第 10 号起诉书指控被告人阿丹·奈姆、利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里和那沙·凯犯抢劫罪，向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，于 2002 年 5 月 13 日至 14 日公开开庭审理了本案。广东省汕头市人民检察院检察员刘爱平、陈起宏，代理检察员杨澈出庭支持公诉。上述 10 名被告人及其指定辩护人均到庭参加诉讼。现已审理终结。

公诉机关指控：被告人阿丹·奈姆受他人指使，先后招引被告人利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯作案。1999 年 6 月 8 日下午，被告人阿丹·奈姆召集上述被告人，在马来西亚的墨新乘坐事先准备好的 2 艘快艇出发，当快艇航行到马来西亚海域一小岛时，阿

丹·奈姆发给每人一把刀作为作案工具。当晚，阿丹·奈姆等人乘坐的2艘快艇在马来西亚海域追上泰国油轮“暹罗差猜号”，阿丹·奈姆带领利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯先后登上“暹罗差猜号”油轮，被告人首先控制驾驶台，并将受害人差猜·炎塞埃、能为·胜挪等17名泰国船员捆绑起来，关押在饭堂、走廊和船舱，轮流看守。阿丹·奈姆指使达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、渣依那·宾·沙拉卡等人将船名“暹罗差猜号”（SIAM XANXAI）涂改为“奥米Ⅱ号”（OMY Ⅱ），将注册港曼谷（BANGKOK）涂改为新加坡（SINGAPROE），将烟囱由黑色涂改为蓝色。同年6月10日晚上，在马来西亚海域，阿丹·奈姆等人在扣留泰国船员能为·胜挪后，将16名泰国船员赶下一艘快艇放走。劫持油轮后，阿丹·奈姆指挥油轮沿马来西亚、菲律宾、中国台湾航线航行。同年6月17日进入中国领海，在东经117°21′、北纬23°21′（即南澳岛附近海域），与中国杂货轮“正阳一号”（另案处理）联系销赃柴油事宜。当晚，“正阳一号”与被涂改为“奥米Ⅱ号”的“暹罗差猜号”油轮在接驳柴油时，被中国警方人赃俱获，缴获被涂改为“奥米Ⅱ号”的“暹罗差猜号”油轮1艘，柴油1 900吨（合计价值人民币8 340 785元）。

公诉机关针对指控的事实向本院提供被害人能为·胜挪等人的报案陈述材料、证人巴老的证言、估价结论书、质量检验报告书、勘查笔录、油轮照片等证据。据此，公诉机关认为被告人阿丹·奈姆、利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯的行为依据《中华人民共和国刑法》第6条、第9条，均已触犯《中华人民共和国刑法》第263条之规定，构成抢劫罪。提请本院依法判处。

被告人阿丹·奈姆辩解：(1) 其行为并不是抢劫犯罪；(2) 其被抓获的地点是东经119°54′，北纬20°5′处，并没有触犯中国法律。

其辩护人辩称：(1) 阿丹·奈姆在整个抢劫过程中处于被指挥被操纵的地位；(2) 本案未造成被害人了人身伤害的后果，对阿丹奈姆量刑时应适当从轻处罚。

被告人利都安·喜拉依特辩解其不是抢劫，要求法庭从轻处罚。其辩护人辩称：(1) 指控利都安·喜拉依特等10人犯抢劫罪的定性不当，应该定为走私普通货物罪；(2) 利都安·喜拉依特属于从犯。

被告人达马·步得拉辩解其没有参与涂改船名和烟囱。其辩护人辩称：

（1）达马·步得拉在共同抢劫中仅起次要作用，应属从犯；（2）本案被告人没有伤害被害人，主观恶性小。

被告人约翰·罗斯曼多辩解其不是抢劫，且没有触犯中国法律。其辩护人辩称：（1）中国对被告人劫船一案没有刑事管辖权；（2）对本案被告人的行为应以走私普通货物罪予以认定。

被告人乌山·阿瓦思得·阿喜羊对指控的犯罪事实没有异议。其辩护人辩称：乌山·阿瓦思得·阿喜羊在共同犯罪中只起次要或辅助作用，属从犯，建议法庭对其减轻处罚。

被告人迪尼·木达对指控的犯罪事实没有异议。其辩护人辩称：迪尼·木达在参与作案中起次要、辅助作用，是从犯，且归案后能坦白交代罪行，建议法庭对其减轻处罚。

被告人渥里·默默希特辩解其不是抢劫犯罪。其辩护人辩称：（1）渥里·默默希特是从犯；（2）渥里·默默希特并没有造成被害人的伤害结果，又系初犯，且本案赃物也能追回，请求法庭对其从轻处罚。

被告人渣依那·宾·沙拉卡对指控的犯罪事实没有异议。其辩护人辩称：（1）本案以抢劫罪认定，中国法院没有管辖权；（2）渣依那·宾·沙拉卡的行为不构成抢劫罪。

被告人穆罕默德·沙飞里对指控的犯罪事实没有异议。其辩护人辩称穆罕默德·沙飞里是被胁迫参与犯罪的，且认罪态度好，没有前科。

被告人那沙·凯对指控的犯罪事实没有异议。其辩护人辩称：那沙·凯是从犯，且没有前科，建议法庭对其减轻处罚。

经审理查明：被告人阿丹·奈姆受他人指使，先后招引被告人利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯参加作案。1999年6月8日，被告人阿丹·奈姆召集上述9名被告人，并发给每人1把刀作为作案工具。当晚，上述10名被告人乘坐事先准备好的2艘快艇在马来西亚海域追上泰国籍油轮“暹罗差猜号”（SIAM XANXAI），被告人阿丹·奈姆带领被告人利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达持刀相信登上该油轮，首先控制该油轮驾驶台，然后将被害人差猜·炎塞埃、能为·胜挪等17名泰国船员捆绑起来，关押于该油轮的船舱、走廊和饭堂中。尔后，渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯也登上该油轮，与已在油轮上的阿丹·奈姆等6人轮流看守泰国船员。10日晚，被告人阿丹·奈姆等人在马来西亚海域扣留泰国船员能

为·胜挪后，将其余16名泰国船员赶下一艘快艇放走。被告人阿丹·奈姆指使被告人达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、渣依那·宾·沙拉卡等人将该油轮的船名“暹罗差猜号”（SIAM XANXAI）涂改为“奥米Ⅱ号”（OMY Ⅱ），将注册港曼谷（BANGKOK）涂改为新加坡（SINGAPROE），将烟囱由黑色涂改为蓝色。劫得该油轮后，被告人阿丹·奈姆指挥该油轮沿着马来西亚—菲律宾—中国台湾航线航行，并于17日进入中国领海。次日，在东经117°21′、北纬23°21′处与中国杂货轮“正阳一号”（另案处理）联系销赃该油轮上的柴油。当被涂改为“奥米Ⅱ号”的“暹罗差猜号”油轮与“正阳一号”正在接驳柴油时，被中国警方现场查获，并缴获被涂改为“奥米Ⅱ号”的泰国油轮“暹罗差猜号”1艘（价值人民币4 730 785元）以及该油轮上装载的柴油1 900吨（价值人民币3 610 000元）。案后，中国警方将该油轮及柴油变价款全额发还被害船东泰王国暹罗蒙昆船务有限公司。

上述事实，有下列证据证实：

1. 马来西亚达罗警察局的调查报告、被害船东委托广东海静律师事务所向汕头市公安局的报案书，证实1999年6月11日17时30分“暹罗差猜号”油轮船长差猜·炎塞埃向马来西亚警方宝城其油轮装载2 060吨铀，从新加坡开往泰国，与1999年6月8日在北纬2°20′、东经104°15′马来西亚海域被2艘高速船拦截，海盗将该油轮船员捆绑后，劫走该油轮，并将该油轮上的16名泰国船员赶走的经过以及委托广东海事律师事务所于1999年7月26日向汕头市公安局报案的情况。

2. 被害人差猜·炎塞埃德陈述材料，证实“暹罗差猜号”油轮于1999年6月8日晚在新加坡装载柴油回泰国经过马来西亚海域时遇到海盗抢劫，海盗们持刀对其和船上另16名船员进行威胁，且全部捆绑，同年6月10日晚间其和另15名船员刚下小艇，并将该油轮和船员能为·胜挪劫持，其于同年6月11日向马来西亚当地警署报案。

3. 被害人能为·胜挪的陈述材料，证实“暹罗差猜号”油轮于1999年6月8日晚在新加坡装载柴油回泰国经过马来西亚海域时遭到10名印尼海盗抢劫，海盗持刀对他们进行威胁、捆绑、看守。10日晚其被海盗叫到机房，次日早上发现同行泰国船员均不见，印尼海盗称已经将他们放走了，印尼海盗还涂改油轮船名及烟囱颜色。

4. 被害人辛·维沙罕、瓦桑·许鹏、那雷力·达初、本初·听扬、查林·查外刚、尾差·柯帕（上述6人均是“暹罗差猜号”油轮船员），证实“暹罗差猜号”油轮于1999年6月8日晚从新加坡装载柴油回泰国经过马来西亚海域时

遭到10名海盗抢劫，船上17名泰国船员全部被捆绑，海盗持刀对其进行威胁、看守，劫持了油轮，并于10日晚将他们16名船员赶下小艇，留下能为·胜挪，后他们向马来西亚渔船求救，并在当地警署报案。

5. 证人巴老（泰王国暹罗蒙昆船务有限公司安全部门经理），证实其于1999年6月11日接到船长差猜·炎塞埃从马来西亚一小岛打来的电话，称其公司的“暹罗差猜号”油轮从新加坡装载柴油回泰国途中，于1999年6月8日夜在马来西亚海域被抢劫，后被害船员被赶下1艘小艇放走，后其公司便向马来西亚、印度尼西亚、中国、新加坡、菲律宾、越南等周边国家驻泰国大使馆报告，要求协助调查。

6. 被害人辛·维沙罕、瓦桑·许鹏、那雷力·达初、本初·听扬、查林·查外刚、尾差·柯帕、能为·胜挪的辨认笔录，经辨认，确认本案10名被告人就是抢劫油轮，持刀对他们威胁、捆绑他们的海盗。

7. 被害人本初·听扬、查林·查外刚、尾差·柯帕、能为·胜挪的辨认笔录，经辨认，确认“奥米Ⅱ号”油轮就是被海盗劫持的“暹罗差猜号”油轮，油轮上的烟囱颜色及标志是被涂改的，快艇就是海盗乘坐来劫持油轮的，绳子是海盗用来捆绑船员的。

8. 公安机关制作的搜查笔录，证实经过搜查，在“奥米Ⅱ号”油轮的船长室发现了一些散落在地板上的有关油船制造厂商的资料，船长室内有被人翻动过的痕迹。另外在甲板上以及其他船员卧室内发现了一些红色救生衣，其中一部分救生衣的身子已被割断，在油轮厨房左边的办公室也发现了2件红色救生衣，身子也被利器割断。另在食堂发现了一件沾满油污的工作服，颜色为黑色，工作服的正面左上方标有“SMMC”的标记。油轮货舱满载柴油，数量未清点。

9. 公安机关制作的勘查笔录，证实该油轮前方甲板上置有一机动快艇，船长7.1m，宽1.85m，高98cm；为单马达驱动。油轮驾驶生活区首层在左侧第2间睡仓有2件救生衣的衣带被分别从细端切断，切口边缘不整齐，其中1件衣带为黑色尼龙质，另1件衣带为白色布质。第2层船长室和各睡仓均零乱，有被翻动过的痕迹。第3层为驾驶室，该室后方的烟囱颜色及标志字母、船尾的船名及注册港名、船首的船名均被涂改过，油漆新鲜。

10. 公安机关制作的中国杂货轮“正阳一号”、被劫泰国油轮“暹罗差猜号”、作案工具快艇的照片，经被告人阿丹·奈姆等10人辨认无误。

11. 公安机关提收并随案的航海图，证实泰国油轮“暹罗差猜号”的航行路线以及被告人阿丹·奈姆等10人被抓获的地点是在东经117°21′、北纬23°21′的地方。

12. 广东进出口商品检验局检验结果单与中国警方向泰国方面调取的 HSD 质量检验报告表明检验参数一致，证实中国警方查获的柴油品质与泰国被害方被劫的柴油品质一致。

13. 汕头市价格事务所（汕价事〈1999〉第 223 号）的船舶估价鉴定报告书、汕头坤达拍卖行拍卖成交确认书，分别证实“暹罗差猜号”油轮价值人民币 4 730 785 元、柴油拍卖价款人民币 3 610 000 元。

14. 广东边防总队海警二支队的材料，证实该支队在东经 117°21′、北纬 23°21′查获 1 艘中国杂货轮和 1 艘外籍油轮“奥米Ⅱ号”在接驳柴油，油轮上有 1 名泰国人和 10 名印度尼西亚人，油轮载有约 2 000 吨柴油，油轮和柴油均没有单证。

15. 物证救生衣、绳子经被告人阿丹·奈姆等 10 人辨认无误。

16. 被告人阿丹·奈姆供述其招引另 9 名被告人作案，并于 1999 年 6 月 8 日深夜伙同其他被告人共 10 人在马来西亚海域持刀劫持“暹罗差猜号”油轮，捆绑、劫持泰国船员，放走 16 名泰国船员后涂改油轮名称、注册港、标志、烟囱，逃往中国海域销赃柴油的事实。

17. 被告人利都安·喜拉依特等 9 人供述被阿丹·奈姆招引后，于 1999 年 6 月 8 日深夜由阿丹·奈姆带领、指挥，在马来西亚海域持刀抢劫“暹罗差猜号”油轮，捆绑、劫持泰国船员，放走 16 名泰国船员后涂改该油轮的船名、注册港、标志、烟囱，逃往中国海域销赃柴油的事实。

上述证据，经当庭举证、质证，能互相印证，合议庭予以确认，作为定案的依据。

被告人阿丹·奈姆等 10 人以夺取船只及船上货物为目的，在国际航线上非法登临他国船只，以胁迫、捆绑手段制服船员后劫夺并控制船只的行为，符合《制止危及海上航行安全非法行为公约》第 3 条第 1 项（a）规定的要件，构成犯罪。依照《中华人民共和国刑法》第 9 条的规定，该行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 263 条的规定，应以抢劫罪定罪处罚。因此，对被告人提出其行为不是抢劫罪及我国没有刑事管辖权的问题，理由不成立，不予采纳。

本院认为：被告人阿丹·奈姆、利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达、渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯无视中华人民共和国参加的《联合国海洋法公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》等国际法律和中华人民共和国法律，以夺取船只及船上货物为目的，在国际航线上非法登临他国船只，以胁迫、捆绑手段制服船员后劫夺并控制船只，并在中华人民共和国领域内进行销

赃，其行为均已触犯《中华人民共和国刑法》第 9 条、第 263 条之规定，构成抢劫罪。抢劫数额特别巨大，应依法判处。公诉机关指控各被告人犯抢劫罪的罪名成立。在共同抢劫中，被告人阿丹·奈姆起组织、指挥、直接动手捆绑船员等主要作用，系主犯，应依法判处；被告人利都安·喜拉依特、达马·步得拉、约翰·罗斯曼多、乌山·阿瓦思得·阿喜羊、迪尼·木达虽系被招引参与作案，但也起直接动手捆绑船员等积极作用，均系主犯，均应依法判处；被告人渥里·默默希特、渣依那·宾·沙拉卡、穆罕默德·沙飞里、那沙·凯均系被招引参与作案，在共同抢劫中负责看守船员，起次要、辅助作用，均系从犯，均应依法从轻处罚。被告人阿丹·奈姆辩解其被抓获的地点是东经 119°54′、北纬 20°5′处的意见，经查，公安机关证实系在东经 117°21′、北纬 23°21′处查获被告人阿丹·奈姆等销赃柴油，且阿丹·奈姆在“暹罗差猜号”油轮的航海图上对被抓获地点也作了签名确认，其原在公安机关也供认系在东经 117°21′、北纬 23°21′处被抓获，同时也有被告人利都安·喜拉依特等人的供述予以佐证，因此认定阿丹·奈姆等人在东经 117°21′、北纬 23°21′处被抓获的证据确实、充分，故该辩解据理不足，不予采纳；其余辩解意见也缺乏事实理由，不予采纳。被告人阿丹·奈姆的辩护人辩护提出本案未造成人身伤害后果的意见，经查属实，可予采纳；其余辩护意见，缺乏事实理由，不予采纳。被告人利都安·喜拉依特的辩护人辩护提出利都安·喜拉依特是从犯的意见，经查与事实不符，不予采纳；其余辩护意见，也不予采纳。被告人达马·步得拉辩解其没有参与涂改船名和烟囱的意见，经查，阿丹·奈姆等人原在公安机关的供述对其参与涂改船名和烟囱的行为作了指证，且达马·步得拉也供认不讳，证据确实、充分，其辩解理由不成立，不予采纳；被告人达马·步得拉的辩护人辩护提出被告人没有伤害被害人，经查属实，可予采纳；其余辩护意见，不予采纳。被告人约翰·罗斯曼多及其辩护人所提的辩解、辩护意见，经查，缺乏事实依据，不予采纳。被告人乌山·阿瓦思得·阿喜羊的辩护人提出乌山·阿瓦思得·阿喜羊属从犯的意见，经查理由不成立，不予采纳。被告人迪尼·木达的辩护人提出迪尼·木达是从犯的意见，经查理由不成立，其要求减轻处罚的意见，不予采纳。被告人渥里·默默希特的辩护人提出渥里·默默希特是从犯，且本案赃物也能追回的意见，经查属实，其要求从轻处罚的意见，可予采纳。被告人渣依那·宾·沙拉卡的辩护人所提辩护意见，均不能成立，不予采纳。被告人穆罕默德·沙飞里的辩护人所提的辩护意见，缺乏事实依据，不予采纳。被告人那沙·凯的辩护人提出那沙·凯是从犯的意见，经查属实，可予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第 263 条、第 25 条第 1 款、第 26 条第 1、4 款、第 27 条、第 35 条之规定，判决如下：

一、被告人阿丹·奈姆犯抢劫罪，判处有期徒刑15年；并处罚金人民币3万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自1999年7月13日起至2014年7月12日止。罚金自判决生效之日起30日内缴纳）。

二、被告人利都安·喜拉依特犯抢劫罪，判处有期徒刑13年；并处罚金人民币两万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自1999年7月13日起至2012年7月12日止。罚金自判决生效之日起30日内缴纳）。

三、被告人达马·步得拉犯抢劫罪，判处有期徒刑13年；并处罚金人民币两万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自1999年7月13日起至2012年7月12日止。罚金自判决生效之日起30日内缴纳）。

四、被告人约翰·罗斯曼多犯抢劫罪，判处有期徒刑13年；并处罚金人民币两万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自1999年7月13日起至2012年7月12日止。罚金自判决生效之日起30日内缴纳）。

五、被告人乌山·阿瓦思得·阿喜羊犯抢劫罪，判处有期徒刑13年；并处罚金人民币两万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自1999年7月13日起至2012年7月12日止。罚金自判决生效之日起30日内缴纳）。

六、被告人迪尼·木达犯抢劫罪，判处有期徒刑13年；并处罚金人民币两万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自1999年7月13日起至2012年7月12日止。罚金自判决生效之日起30日内缴纳）。

七、被告人渥里·默默希特犯抢劫罪，判处有期徒刑10年；并处罚金人民币1万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自1999年7月13日起至2009年7月12日止。罚金自判决生效之日起30日内缴纳）。

八、被告人渣依那·宾·沙拉卡犯抢劫罪，判处有期徒刑十年；并处罚金人民币1万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自1999年7月13日起至2009年7月12日止。罚金自判决生效之日起30日内缴纳）。

九、被告人穆罕默德·沙飞里犯抢劫罪，判处有期徒刑10年；并处罚金人

民币 1 万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 1999 年 7 月 13 日起至 2009 年 7 月 12 日止。罚金自判决生效之日起 30 日内缴纳）。

十、被告人那沙·凯犯抢劫罪，判处有期徒刑 10 年；并处罚金人民币 1 万元，驱逐出境（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 1999 年 7 月 13 日起至 2009 年 7 月 12 日止。罚金自判决生效之日起 30 日内缴纳）。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起 10 日内，通过本院或者直接向中华人民共和国广东省高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本 1 份，副本两份。

审判长：张　强
审判员：赵　宏
审判员：李爱民
2003 年 1 月 15 日
书记员：彭文成

张书海等特大系列抢劫案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、刑法溯及力问题
六、共同犯罪中的犯罪停止形态问题
七、帮助犯与片面共犯的区分
八、被告人王雨行为的罪数问题
九、结语
附录：河南省高级人民法院刑事裁定书

一、选案理由

2001年8月12日，郑州市中级人民法院提前发出公告：8月16日至8月18日在郑州市金水区法院公审“12·9”系列抢劫案犯罪嫌疑人。消息传出后，郑州市民奔走相告。争相前往金水区法院旁听审判。有记者描述成“万人空巷争睹劫匪丑恶嘴脸”。以张书海为首的犯罪团伙实施的郑州市“12·9”特大系列抢劫案，主要包括“11·27”入户抢劫、“11·19”抢劫电信营业厅以及“3·3”和“12·9”抢劫金融机构等系列案件，其中以“12·9”抢劫郑州市广发银行银基营业部最为恶劣，被称为河南省建国以来最大的系列抢劫银行案。该系列抢劫案，对社会治安和人民生活安宁造成了恶劣影响，也对现代法制提出严峻挑战。张书海犯罪团伙被摧毁后，社会给予了极大的关注。张书海伏法一年多以后，《作家文摘》2003年第65期还刊登了报告文学《魔头张书海的末日》。从刑法法

理角度看，本案诉讼过程中涉及新旧刑法适用问题、同犯罪中犯罪停止形态的认定问题、共犯责任的认定以及共同犯罪中的罪数形态等若干争议问题，值得深入探讨。因此，该案入选本书。

二、基本案情

张书海等实施的“12·9”特大系列抢劫案是河南省建国以来最大的系列抢劫银行案，由公安部列为全国挂牌督办案件。首要人物张书海从1996年到2000年，勾结他人，先后实施了“11·27”、“11·19”、“3·3”、“12·9”等在社会上影响极坏的特大的恶性抢劫案件。基本案情如下：

被告人张书海，男，1955年5月24日生，汉族，初中文化程度，河南省叶县夏李乡侯庄村4组农民，捕前住郑州市航海中路201号绿城花园小区24号楼1单元14号。因涉嫌犯抢劫罪于2001年6月14日被郑州市公安局刑事拘留，同年6月28日被逮捕。

被告人张玉萍，曾用名张玉平，女，1968年11月23日生，汉族，中专文化程度，住郑州市淮河路金京花苑11号楼24号，个体医生，系张书海之妹。因涉嫌犯抢劫罪于2001年6月15日被郑州市公安局刑事拘留，同年6月28日被逮捕。

被告人王雨，曾用名王宇，女，1955年5月15日生，汉族，初中文化程度，河南省叶县夏李乡侯庄村4组农民，系张书海之妻，捕前住郑州市航海中路201号绿城花园小区24号楼1单元14号。因涉嫌包庇罪、非法持有枪支、弹药罪于2001年6月15日被郑州市公安局刑事拘留，同年7月1日被逮捕。

被告人张云志，男，1967年2月16日生，汉族，小学文化程度，河南省叶县夏李乡侯庄村4组农民。因涉嫌犯抢劫罪于2001年6月29日被郑州市公安局刑事拘留，同年6月29日被逮捕。

2001年8月5日，郑州市人民检察院向郑州市中级人民法院提起公诉认为，张书海的行为已经构成了抢劫罪和非法持有枪支弹药罪；张玉萍的行为已经构成了抢劫罪，系主犯；王雨因帮助该团伙毁灭涉案物证，窝藏并转移赃款，资助犯罪嫌疑人外逃及非法持有枪支、弹药，被指控犯有帮助毁灭证据罪，窝藏、转移赃物罪及非法持有枪支、弹药罪；张云志属于抢劫罪犯罪预备，也应予以处罚。

针对检察院的控诉，被告人张书海在一审中没有作任何辩护；张玉萍辩护认为，起主要作用的是主犯，其根本没有去过现场，不算主犯，而且认为没有自己他们都照样能完成任务，要求从宽处理；王雨、张云志只是提出对自己从轻处罚要求。

郑州市中级人民法院认定：

1996 年春，被告人张书海在郑州市金京花苑其妹张玉萍家居住期间，得知在郑州市万福花园居住的个体医生李全国家经济富有，遂生抢劫之念。张书海向张玉萍打听到万福花园的位置后，多次踩点或跟踪李全国，同时在张玉萍家准备了尖刀、尼龙绳、蒙面用的黑袜子等作案工具。张书海纠集被告人张云志携带作案工具多次伺机抢劫，均因李家人多未能实施。张云志离开郑州返回老家。后张书海再次纠集了张云志、张小马，并指使张云志带张小马到李家附近踩点，3 人又多次携带作案工具到李家，仍因李家人多未能实施，张云志再次离开郑州回家。同年 11 月 27 日晚，张书海、张小马携带事先准备的 1 支猎枪及其他作案工具进入李家抢走现金 1.5 万余元及其他物品。作案后，张书海、张小马分得赃物，张玉萍分得赃款 1 000 元并保管照相机、黑提包等赃物。

1997 年夏，被告人张书海起意抢劫淮河路电信营业厅，后纠集被告人张宏超（系张书海之子）、张世镜、张小马、张玉萍，多次在金京花苑张玉萍住处预谋并分别踩点。同年 11 月 19 日下午，5 名被告人在张玉萍住处再次预谋、分工后，分别窜至该营业厅附近，张玉萍按事先分工先到该营业厅内观察情况，并告知张书海等人可以行动，然后拦一辆出租车在营业厅门口附近路旁等候、接应。当日下午 5 时 50 分左右，张书海、张宏超、张世镜、张小马分别携带一支五连发猎枪、一支单管猎枪、导火索燃烧装置、两支仿真手枪和一个准备装赃物的背包，分别窜至该营业大厅内。由张小马身穿事先购买的警服、手持仿真手枪把守大门，阻止他人出入。张书海持枪将电信局工作人员、顾客胁迫到大厅东墙边蹲下，张宏超、张世镜翻入柜台内抢走营业款 37 万余元。后张书海掏出导火索燃烧装置，点燃后扔到该营业厅门口，伙同张宏超、张世镜、张小马乘车逃走。张玉萍见张书海等人离开现场后，即行溜走。事后，张世镜、张小马各分得赃款 1.6 万元，张玉萍分得赃款 5 万元，余款由张书海、张宏超分得。

1999 年初，被告人张书海、张宏超预谋抢劫建行交通路储蓄所，并纠集被告人张世镜在金京花苑张玉萍家中多次预谋、准备作案工具、到现场踩点，张宏超还以存款名义到该储蓄所观察柜台防弹玻璃厚度等情况。同年 3 月 2 日夜，4 名被告人在张玉萍家再次进行了分工和策划。次日 7 时 30 分左右，张书海、张宏超、张世镜携带猎枪 2 支、爆炸装置 1 个，分别戴头盔、长檐太阳帽、眼镜等窜至建行交通路储蓄所附近。张玉萍随后赶到，将其所带的铁锤交给张世镜，然后在现场附近负责租车接应。7 时 53 分，张书海、张宏超、张世镜闯入储蓄所内。张书海、张宏超分别持五连发猎枪和单管猎枪威胁保安冯卫星、营业员贾若冰、陈秋霞，张世镜用铁锤将柜台玻璃砸裂。贾若冰无奈将款包扔出。张世镜抢

起款包，套上事先准备的黑色塑料袋，扔下铁锤和张宏超一起逃跑。张书海点燃爆炸装置并扔到储蓄所内南门墙根处，亦逃离现场。张玉萍听到爆炸声后，得知作案完毕，即骑车回家。张书海等人共抢走该储蓄所人民币 5 万余元、印鉴 1 个、白铁盒 1 个、空白现金支票数本。事后，张世镜分得赃款 1 万元，张玉萍分得赃款 5 000 元，其余由张书海、张宏超分得。

2000 年 11 月初，被告人张书海首先提议，后与被告人张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍多次预谋抢劫广发银行银基营业部，并严密组织分工，多次察看现场，模拟作案路线。期间，张书海购买铁锤 1 把、编织袋 2 只，并由张玉萍将该编织袋予以加固，以备抢劫装钱之用。张书海还自制了 7 枚爆炸装置，准备了五连发猎枪 1 支、单管猎枪 1 支，其他被告人还准备了“马虎帽”4 顶、大黑塑料袋等工具。同年 12 月 9 日 16 时 30 分左右，依照事先分工，张书海、乔红军乘公交车，张宏超、张世镜、张玉萍骑自行车，分别携带上述作案工具窜至广发银行银基营运部南侧三德里胡同附近会合后，由张玉萍在此看守自行车，准备接应。张书海、张宏超、张世镜、乔红军 4 人头戴“马虎帽”蒙面，携带作案工具于 16 时 49 分闯入广发银行银基营业部大厅内。张书海首先在营业大厅防弹玻璃上引爆一枚爆炸装置，将该防弹玻璃炸开一个洞，后又接过乔红军递过来的大铁锤，将该玻璃砸掉在营业柜台内。同时，张世镜、张宏超分别持猎枪威逼保安及在场办理业务的客户，张宏超并向门外开了一枪，驱赶门外人员。后张宏超将五连发猎枪交给张书海，从张世镜手中接过单管猎枪。张世镜、乔红军携带编织袋翻入营业柜台内，抢劫营业款。张书海、张宏超在营业大厅内分别持枪巡视予以掩护。期间，张书海射击致使银基商贸城保卫处副处长常玉杰中弹引起急性失血休克而死亡。张世镜、乔红军 2 人在柜台内劫取两编织袋现金后，由张书海、张宏超持枪掩护逃离。4 被告人逃至三德里胡同，与在此接应的张玉萍会合，用大黑塑料袋将装有赃款的编织袋整体套装后，由张玉萍、张世镜分别骑自行车携带赃款，与其他 3 被告人分头逃离现场。后张世镜分得赃款 40 万元，乔红军分得赃款 28 万元，张玉萍分得赃款 18 万元，剩余 100 余万元由张书海、张宏超分得。案发后，广发银行郑州分行银基支行经查，该行被抢走现金 208 万余元。

2001 年 6 月 13 日凌晨，被告人张书海被公安机关提取指纹后，感到罪行即将暴露，便将此情况告诉了被告人王雨。王雨明知张书海要逃离郑州，仍资助张书海人民币 2 000 元，帮助张书海逃离。随后，被告人王雨、张玉萍按张书海安排，携带藏于家中的作案工具五连发猎枪 1 支及张书海存放家中的五六式步枪子弹 258 发、赃款 28.1 万元等往原籍转移，途中被公安人员抓获。

三、裁判要旨

1998 年 12 月 2 日最高人民检察院《关于对跨越刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑罚问题的批复》第 2 条规定：“对于开始于 1997 年 9 月 30 日以前，连续到 1997 年 10 月 1 日以后的连续犯罪，或者在 1997 年 10 月 1 日前后分别实施同种类数罪，其中罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的，应当适用修订刑法，一并进行追诉；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，也应当适用修订刑法，一并进行追诉，但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定刑较重的，在提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见。”根据该规定，参与的抢劫行为虽然发生在 1997 年 9 月 30 日以前，但在 1997 年 10 月 1 日以后又连续实施抢劫的，对参与的连续犯罪应当适用 1997 年刑法一并进行追诉。如果入户抢劫行为发生在刑法修订以前，鉴于当时的刑法没有此方面的专门加重处罚规定，在量刑时可以考虑从轻处罚。

积极参与预谋、踩点，实施抢劫行为积极主动，应当认定为在共同犯罪中起主要作用，系主犯；积极参与预谋、踩点，并接受分工，在抢劫过程中积极实施劫取财物的行为，参与抢劫财物价值特别巨大，并致死人命，应当认定为在共同犯罪中起主要作用，系主犯；在抢劫过程中，按照分工在抢劫现场附近看守自行车及接应、运送赃款，虽未直接进入抢劫现场，但所起作用是整个抢劫行为中不可分割的组成部分，如果其参与程度所表现出来的作用越来越大，如不但为犯罪团伙长期提供食宿地点，亦参与了预谋，准备作案工具，抢劫后又参与分赃、藏匿、窝藏地点，对整个犯罪团伙的相对稳定性和连续实施抢劫犯罪起着支持作用，也应认定在共同犯罪中起主要作用，系主犯。

四、引发的理论问题

综观该系列抢劫案，涉及争议问题很多。

1. 在“11·27”抢劫案中，被告人张书海在上诉时就提出了对其这次行为不应适用 1997 年《刑法》，而是适用 1979 年《刑法》予以从轻处罚。

2. 在“11·27”抢劫案中，张云志的行为是按照检察院起诉同时被法院所认定的犯罪预备进行处罚，还是以一些学者提出的对于该起抢劫犯罪既遂负全部的刑事责任？是对张云志犯罪行为停止形态的争议。

3. 对张玉萍在“11·27”案件中是否起主要作用也存在很大的争议，有人认为张玉萍在该案中的作用不以犯罪论处，也有认为其是片面共犯，司法机关则

认定其在该案中已构成了犯罪。对于其在整个系列抢劫犯罪中如何看待其作用问题，意见有很大的分歧，司法机关认定其是主犯，而被告人张玉萍始终辩称其不是主犯而是从犯。

4. 王雨非法持有枪支犯罪与其他犯罪交织在一起，也变得扑朔迷离，是按照非法持有枪支、弹药罪与转移赃物并罚，还是按照吸收犯或想象竞合犯进行处罚？意见莫衷一是。

由此引发了以下理论问题：

(1) 刑法关于溯及力原则的规定如何贯彻？“11·27”抢劫案中，张书海的犯罪行为是适用新刑法还是适用旧刑法，即刑法溯及力问题。

(2) 共同犯罪中参与共谋但主动放弃参与实行，如何认定其犯罪停止形态？“11·27”抢劫案中，张云志犯罪行为处于何种停止形态？

(3) 如何判断共犯的作用？本案中，张玉萍是否参与了“11·27”抢劫案？其在系列抢劫犯罪中是否属于主犯？

(4) 如何区分共犯中的帮助犯和窝藏罪及窝藏、转移赃物罪？“12·9”抢劫案中王雨犯罪行为如何评价？

五、刑法溯及力问题

(一) 本案中新旧刑法选择适用之争议

张书海、张小马二人于 1996 年 11 月 27 日共同实施了抢劫李全国案，在 2001 年案发，三被告人交付审判。其间，跨越 1979 年《刑法》（习惯上称旧刑法）和 1997 年《刑法》（习惯上称新刑法）调整期，对张书海“11·27”抢劫行为究竟是适用旧刑法还是新刑法，主要存在两种观点：

1. 认为张书海实施“11·27”抢劫行为发生在 1996 年，根据《刑法》第 12 条对刑法时间效力的规定，应按照“从旧兼从轻”的原则来追究被告人张书海的刑事责任，即按照旧刑法规定对张书海犯罪行为进行处罚。

2. 认为张书海实施“11·27”抢劫，是其实施的“12·9”系列抢劫犯罪的一部分，即构成了抢劫罪的连续犯，且前后几次的抢劫行为分别跨越了新旧两部刑法，虽然“11·27”抢劫行为发生在 1997 年 10 月 1 日新刑法实施之前，但根据相关法律对连续犯特殊规定，仍然以新刑法对其进行定罪处罚。

(二) 选择适用新旧刑法的法理分析

1. 刑法溯及力适用的一般原则。所谓刑法的溯及力，通常是指新的刑事法律是否适用于它生效之前发生的，未经审判或者判决尚未确定的行为。如果适用，就是有溯及力；如果不适用，就是没有溯及力。对此，各国立法例有不同的

规定，主要有四种原则：①从旧原则。即按照行为的旧法处理，新法没有溯及力。②从新原则。即按照新法处理，新法有溯及力。③从新兼从轻原则。即新法原则上有溯及力，但旧法不认为犯罪或者处刑较轻的，要按照旧法处理。④从旧兼从轻原则。即新法原则上没有溯及力，但新法不认为犯罪或者处刑较轻的，则要按照新法处理。①

可见，各国立法例四种主要原则中，第四种“从旧兼从轻原则”符合罪刑法定的要求。“禁止事后法原则”就是罪刑法定原则派生出的，是指刑法只适用其实施以后的犯罪，而不能追溯适用于其施行之前的犯罪。这是国民预测可能性的客观要求。如根据行为后开始实施的法律（事后法）来处罚以前的行为，便是国民不能预测的，因而是不允许的。②

为了达到国民预测范围，一般应适用旧法，但在以下场合，行为时是违法的，后来法律修改，该行为或者不再是犯罪、或者是犯罪但法定刑变更，那么应如何处罚该行为？一般认为，在这些情况下，原则上应适用旧法，但同时有一个例外原则：如果新法较轻，则适用新法。造成这种局面的原因，一方面是因为依据禁止事后法的原则，应当适用旧法，另一方面，西方学者一贯主张有利于被告的原则，当适用新法有利于被告时，应适用新法。由此可见，“禁止事后法”只是禁止不利于被告的事后法。③

我国新《刑法》第12条就是刑法溯及力适用的一般原则，该条规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”显然，我国刑法溯及力原则是采用“从旧兼从轻原则”，是注重保障公民自由的，也顺应大多数国家采用的一般原则的国际潮流。

实践中，对适用这一原则也较复杂，司法实务部门往往通过司法解释的方式解决具体问题。1998年12月2日最高人民检察院《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》（以下简称《批复》）就是对我国《刑法》第12条如何实施问题所作的解释。《批复》第2条规定：“对于开始于1997年9月30日以前，连续到1997年10月1日以后的连续犯罪，或者在1997年10月1日前后分别实施的同种类数罪，其中罪

---

① 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社1998年版，第55页。

② 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第20页。

③ 同上注。

名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的，应当适用修订刑法，一并进行追诉；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，也应当适用修订刑法，一并进行追诉，但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定刑较重的，在提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见。”该条主要是针对连续犯是适用新刑法，还是适用旧刑法的问题，主张采用概括从轻的原则，这一规定不仅不是对“从旧从轻原则”的违反，恰恰是对这一原则的体现，遵循保障公民自由的精神，笔者将在下文阐释理由。

对本案张书海的行为是适用旧法还是适用新法，是对我国刑法溯及力一般原则的运用。

2. 连续犯“跨法”的法理分析。连续犯是指基于一个同一或者概括的犯罪故意，连续实施数个独立的犯罪行为，触犯同一罪名的犯罪形态。1997 年《刑法》第 89 条第 1 款规定：“追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。”这就意味着我国立法实际上是承认连续犯为一个犯罪的。我国刑法理论和实践中对连续犯按照从一罪从重处罚，符合该罪的加重构成的条件时，按照刑法明文规定的加重构成的法定刑进行处罚。

所谓跨法犯，特指犯罪行为开始于新刑法生效以前而结束于生效之后的情况。由于跨法犯的行为跨越新旧两个刑法的有效期间，因而对这类犯罪处理时就涉及对新旧刑法怎样适用的问题。连续犯就是跨法犯行为表现方式之一。对于跨法犯中的连续犯如何处理？1998 年 12 月 2 日最高人民检察院《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》第 2 条对连续犯跨法适用刑法问题作了明确规定，即一律按照新法处理。但也有学者持不同意见，认为如果新刑法对某种犯罪的处罚重于旧法，对于形成该罪的连续犯统一按新刑法处理有违从旧兼从轻原则的精神实质，因此对于连续行为如果难以以新刑法生效之日为界分开，就应对全部行为适用较轻的旧法，如果可以分开，应当对新刑法施行前的行为适用旧法，对施行后的行为适用新法，分别定罪量刑，实行并罚。[①] 笔者认为，这种观点值得商榷。首先，这种观点对连续犯的数行为分开，本身是对连续犯作为处断一罪的立法旨意的违背，从《刑法》第 89 条对连续犯追诉时效的规定来看，连续犯的数行为应该视为一个整体，定为一罪，然而把连续犯的数行为分开就是对连续犯的否定，违背一罪一罚的精神，因此不能随意将连续犯分开处理。其次，这种观点提出，如果新刑法对某种犯罪的处罚重于旧法，对连续犯数行为如果可以分开，应当对新刑法施

---

① 参见阮齐林：《刑法总则案例教程》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 62 页。

行前的行为适用旧法，对施行后的行为适用新法，分别定罪量刑，实行并罚，即把连续犯按照数罪并罚处理，有违“从一罪从重处罚”原则，其结果，犯罪分子所受的处罚未必轻于依照新刑法进行的一罪处罚。因此，也就违背了“从旧兼从轻的原则”。最后，这与1998年12月2日最高人民检察院《批复》相冲突。此外，该批复第2条还强调：“修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定刑较重的，在提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见。”显然是较为合理的。所以，最高人民检察院对连续犯适用刑法的规定是坚持罪刑法定原则的，同时也是对“从旧兼从轻原则”精神的遵从。

综上所述，对于跨法犯中的连续犯的行为，如果新法不认为是犯罪的，整个连续犯不受处罚。如旧法认为不是犯罪，而新法认为是犯罪，旧法期间的行为不处罚，只处罚新法期间实行的行为。[①]

该案张书海的行为是发生在1996年，它和其他几次抢劫行为，是基于概括的故意，符合连续犯的特征，应当按连续犯处理。根据最高人民检察院《批复》规定，张书海实施了数个抢劫犯罪行为跨越了新旧刑法，按照新刑法对抢劫罪的规定，从一罪从重处罚。

（三）本案应适用新刑法

被告人张书海上诉及其辩护人辩称：抢劫李全国家一案不适用新刑法有关入户抢劫的规定，应按照1979年《刑法》有关抢劫罪的规定予以从轻处罚。河南省高级人民法院根据1998年12月2日最高人民检察院《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》规定，认为张书海参与抢劫李全国家一案虽然发生在1997年9月30日以前，但在1997年10月1日以后又连续实施抢劫多次，对张书海参与的连续犯罪应当适用修订刑法一并进行追诉，原判对此适用法律并无不当。但根据该批复，鉴于张书海该次入户抢劫（李全国家）发生在刑法修订以前，而当时的刑法没有此项规定，在量刑时可以作为从轻处罚的情节。

第一种观点忽视了张书海此次抢劫与其他抢劫之间已构成了连续犯的事实，因而没有正确理解1998年12月2日最高人民检察院《批复》的精神。实际上，张书海及其辩护人的辩护与这种观点相同，因而没有被法院所采纳。

笔者认为第二种观点是正确的，应该适用新刑法。法院对张书海犯罪性质认定是正确的，但认为：“根据该批复，鉴于张书海该次入户抢劫（李全国家）发生在刑法修订以前，而当时的刑法没有此项规定，在量刑时可以作为从轻处罚的

① 参见姜伟：《犯罪形态通论》，法律出版社1994年版，第341页。

情节”，是值得商榷的。对抢劫罪规定，新旧刑法表述有所不同。旧《刑法》第150条规定：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑。/犯前款罪，情节严重的或者致人重伤、死亡的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产。”新《刑法》第263条规定：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：（一）入户抢劫的；……”可见，新刑法对情节严重进行详细的解释，并把入户抢劫作为具体的法定加重情节之一来处理，实际上，入户抢劫在旧刑法中也是情节严重表现之一，都是对该行为处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，只是新刑法更明确一些。因此，法院把入户抢劫作为酌情从轻处罚的情节欠妥。

六、共同犯罪中的犯罪停止形态问题

（一）张云志犯罪行为停止形态的几种观点

关于被告人张云志的行为构成犯罪，在司法实践上没有任何争议；而在其犯罪行为停止形态问题上却存在很大的争议。毫无疑问，只有运用刑法理论正确认定被告人的犯罪行为停止形态，才能够准确地解决犯罪人的刑事责任问题。就本案而言，在司法实践中主要有以下几种观点：

1. 张云志参与该案时，与主犯张书海、张小马携带犯罪工具到李全国家附近“踩点”而没有着手实行犯罪。换言之，被告人张云志从事的犯罪行为处于犯罪预备阶段，由于经过两次“踩点”未成功，自动放弃自认为可以重复侵害的行为，是基于自己的意志放弃犯罪的，应成立犯罪中止。

2. 张书海、张小马是此次犯罪的主犯，其犯意的产生与张云志无关。张云志的不辞而别可以视为其与该抢劫因果关系的中断，相对于张云志而言，张书海、张小马后来的抢劫行为是由其自身行为直接引起的，实际上是没有张云志参与的新的抢劫犯罪。

3. 被告人张云志所参与的抢劫犯罪尽管不是其亲自着手实施而达到既遂，但由于其参与该案的共谋，两次携带犯罪工具到被害人家附近“踩点”，对张书海和张小马抢劫犯罪的得逞起到了推波助澜的作用，不再是孤立的犯罪行为，事实上，已与他们二人行为形成了共同犯罪。根据“部分行为，全部责任”的理论，张云志的犯罪行为是该起抢劫罪的一部分，随着张书海与张小马的完成抢劫而应承担抢劫罪既遂的刑事责任。

4. 被告人张云志先后两次与张书海、张小马到李全国家附近踩点，均因李

家人多而未能实施抢劫行为，后来由张书海和张小马共同实施了抢劫犯罪的实行行为。从张云志的主观意志上来看，其放弃抢劫行为不是基于自己意愿而是由于意志以外的原因；其参与该抢劫罪的共谋，与张书海、张小马构成共同犯罪，但其不是组织、策划、指挥实行犯罪的组织犯，而且没有着手实施该抢劫犯罪的实行行为，因而不能承担该抢劫既遂的刑事责任，对其行为按照犯罪预备来处理较为适当。

（二）共同犯罪中停止形态的法理分析

1. 犯罪预备与犯罪中止的分野。犯罪预备，是行为人为了实施犯罪，准备犯罪工具，创造犯罪条件，由于行为人意志以外的原因而没有着手实行犯罪的行为。犯罪中止，是指在犯罪过程中，行为人自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的行为。在犯罪预备阶段，主要看行为人未能着手实行犯罪，是基于自己的意愿还是由于行为人意志以外的原因。在一些复杂的情形下，能够分清行为人的行为是犯罪预备还是犯罪中止绝非易事。

就本案而言，准确把握犯罪中止的构成特征，对区分预备阶段的行为是犯罪预备还是犯罪中止是非常关键的。通常认为，犯罪中止有以下三个特征：

（1）时空性。即从犯罪预备犯罪行为开始到完成犯罪既遂之前这一段时间内，并且犯罪处于运动过程中而尚未形成任何停止状态。详言之，如果犯罪达到既遂形态，就不可能成立犯罪中止；如果犯罪虽未达到犯罪既遂，但犯罪运动过程中由于意志以外的原因而停止下来，有可能成立犯罪预备或者犯罪未遂，也不可能成立犯罪中止。

（2）自动性。它是犯罪中止形态的本质特征。在国外刑法理论中，对于犯罪自动性含义理解是有差异的，有三种主张：一是"非物质障碍说"，即认为自动性是在客观上没有任何物质障碍的情况下停止和放弃犯罪的；二是"衷心悔悟说"，即坚持自动性必须是行为人基于真诚悔悟而停止和放弃犯罪的；三是"任意中止说"，即主张自动性是行为人在心理上非因外部障碍的情况下而停止和放弃犯罪的。这几种不同的主张，反映了刑法理论界对犯罪中止本质的不同认识及对其范围的不同限定。其中以"任意中止说"较为通行。①

目前，在司法机关和理论界对存在一定的外界因素的情况下，犯罪没有完成，或者犯罪结果没有发生，到底是不是犯罪中止，存在不同的观点，我国著名的刑法学者马克昌把其归纳为三种观点：①绝对自动论。这种观点认为，自动放弃必须是在没有任何外界因素影响的情况下，自我主动放弃犯罪。因此，诸如在

---

①　参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第2卷），中国人民大学出版社1993年版，第334—335页。

被害人的哀求、警告或别人的规劝下停止犯罪活动，都不能成立犯罪中止。②内因决定论。这种观点认为，内因是变化的根据，外因是变化的条件，外因通过内因而起作用。按照这一原理，在犯罪案件中，外界因素对犯罪的完成，只是一种条件因素。而最终决定放弃犯罪活动的还是本人。因此，即使客观上存在影响犯罪进行的不利因素，只要行为人事实上放弃了犯罪行为，仍应当以犯罪中止犯论。③主要作用论。这种观点认为，在犯罪过程中，各种外界因素对犯罪人犯罪意志的影响，不可能等同。有的足以迫使行为人停止犯罪，有的却不能改变其犯罪意图。因此，只有查明意外因素在行为人主观意志中所占比重的大小，才能正确判断犯罪的形态。[①] 以上三种观点都有其不足之处。第一种观点仅仅强调外界因素的影响，而忽视行为人的主观作用，势必会缩小犯罪中止的范围，而扩大犯罪预备或未遂的范围。第二种观点，似乎很有道理，如果片面理解就会把那些应当定为犯罪未遂或预备的案件作为犯罪中止来处理，结果会无限扩大犯罪中止的适用范围。而第三种观点并没有提出一个认定行为人中止自动性的客观标准，在构成犯罪后去衡量外界因素对行为人形成决定停止犯罪意志的作用大小，很难得出一个科学的判断。

综上所述，笔者认为，对犯罪中止的自动性理解应从主客观两个方面来考察，即行为人基于本人的意志放弃自己认为可以继续实施或完成的犯罪，这样才能很好地贯彻主客观相一致的刑法原则。在主观上，行为人自愿放弃了犯罪的意图；客观上，行为人停止了犯罪的继续实施或完成。犯罪中止的自动性是说停止犯罪是出于行为人本人的意志，自动性并未排除悔悟以外的其他动机，并未排除行为人自认为不足以阻止犯罪继续进行的轻微不利的客观因素的影响。[②]

（3）彻底性。是指行为人主观上放弃了原来的犯罪意图，客观上停止犯罪行为。表明行为人真诚地打消犯罪念头，而不是暂时地中断犯罪行为。

犯罪预备，是行为人停顿在预备阶段，由于意志以外的原因而未着手实行犯罪的犯罪形态。而“意志以外的原因”，是指足以阻止其犯罪意志，迫使其不得不停止预备行为、不再继续实行犯罪的各种主客观因素。

本案中，张云志两次参与携带犯罪工具到被害人家附近“踩点”做犯罪的准备活动，只是因为被害人李家人多而没有着手，即是张云志犯罪意志以外的原因，而不是基于其本人意志，真诚悔悟而打消犯罪念头。所以，对于行为人的行为是不符合犯罪中止的自动性和彻底性特征的，更符合犯罪预备的形态。

---

① 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 468—469 页。

② 参见赵秉志：《侵犯财产罪》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 87 页。

2.“自动放弃可以重复侵害行为”的法理分析。什么是自动放弃可以重复侵害行为？长期以来，在中外刑法论著中没有一个明确的定义，而是举例进行说明的。经常举的例子就是：某甲携带枪支意于侵害某乙，第一次开枪未能射中某乙，某甲本有可能再次开枪射击某乙，突然改变意图，选择放弃，没有发生枪杀乙的危害结果。关于某甲的行为，苏联刑法理论中的传统观点认为，放弃重复侵害行为是实行终了的犯罪未遂，而决不能属于犯罪中止。[①] 我国传统的刑法观点也认为是犯罪未遂，原因在于某甲的第一枪已经射出而未射中，是行为人意志以外的原因，形成了实行终了的未遂形态，而第二枪的行为只是作为量刑情节。后来，许多刑法学者对传统观点表示怀疑，根据犯罪中止理论，发现某甲的行为更符合犯罪中止，更能体现刑法的精神。如我国著名刑法学者赵秉志教授在较早的法学刊物中提出了放弃可能重复的侵害行为应属于未实行终了的犯罪中止的观点，并得到刑法学界一些德高望重的学者的赞同和支持。[②] 关于自动放弃可以重复侵害的行为，许多学者也试图对其作出定义：

（1）所谓自动放弃重复侵害行为，是指行为人实施了足以造成既遂危害结果的第一次侵害行为，由于其意志以外的原因而未发生既遂的危害结果，在有当时继续重复实施侵害行为实际可能时，行为人自动放弃了实施重复侵害行为，因而使既遂的危害结果没有发生的情况。[③]

（2）著名刑法学者马克昌指出，“放弃可以重复侵害行为”是指，犯罪人已经着手实行特定的犯罪行为，未能发生预期的危害结果。在能够重复实施同一性质的侵害行为并造成预期危害结果的情况下，放弃了犯罪的继续实行，因而使预期危害结果不再发生的情况。[④]

（3）所谓放弃重复侵害行为，一般是指犯罪分子使用可以一下子造成犯罪结果的工具，实施了足以发生其所追求的犯罪结果的行为，但是由于其意志以外的原因使这种结果没有发生，犯罪分子根据主客观条件认为仍可实施重复侵害，但他却基于某种原因自动放弃了重复侵害，因而使犯罪结果不再可能发生的情况。[⑤]

尽管不同学者用不同的方式对“自动放弃可以重复侵害行为”进行解释，但该行为应成立犯罪中止已在我国成为通行的观点。原因是：首先，放弃可以重复

---

① 参见［苏］库德利雅夫采夫主编：《苏联法律辞典》（第 2 分册），刑芳译，法律出版社 1957 年版，第 67 页；转引自赵秉志：《犯罪未遂的理论与实践》，中国人民大学出版社 1987 年版，第 140 页。

② 参见赵秉志：《犯罪未遂的理论与实践》，中国人民大学出版社 1987 年版，第 141 页。

③ 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 226 页。

④ 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 475—476 页。

⑤ 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 327 页。

侵害的行为发生在犯罪实行未了的过程中，而不是停止下来。因为犯罪行为是否实行终了，不应是指犯罪活动中的某个具体行为或动作，而应是指某种罪的犯罪构成完备所要求的整个犯罪活动；行为是否实行终了的标准，不但要看行为人客观上是否实施了足以造成犯罪结果的犯罪行为，还要看犯罪人是否自认为完成犯罪所必要的行为是否都实行完了。① 其次，行为人对可以重复侵害行为的放弃是基于自己的意志，符合犯罪中止的本质特征——自动性；最后，行为人彻底放弃了可以重复侵害的行为，使犯罪结果没有发生。

可知，"自动放弃可以重复侵害行为"必须发生在犯罪实行未了的过程中，是不可能发生在犯罪预备阶段。从张云志的个人行为来看，其未着手实施抢劫罪的实行行为，而是携带犯罪工具为犯罪做准备，因而处于犯罪预备阶段；再者，其两次参与犯罪准备活动，都是因为被害人家人多而未能将犯罪继续实施下去，是行为人意志之外的原因造成的，都不符合犯罪中止的特征。因而把张云志的犯罪行为定性为是"放弃可以重复侵害的行为"是不正确的。

3．"参与共谋"的法理分析。关于参与犯罪共谋是否承担该犯罪既遂的刑事责任，可以追溯到西方刑法学者关于共犯理论的争议。共同犯罪是指二人以上共同实施犯罪，由于学者所处的刑法立场不同，对"共同"的理解就不同了，因而就有了犯罪共同说与行为共同说之争。犯罪共同说把共犯理解为复数的人共同实施特定犯罪。其根据是客观主义刑法理论。也就是说，根据这一学说，只有对于同一犯罪的共犯才成立，因此在不同的构成要件之间共犯不成立，共犯被限定为故意犯，在过失犯的场合下应否定共犯。② 主张该观点的日本学者泷川幸辰指出："共犯是指数人共同实施特定的犯罪（如杀人罪）；共同者所共同的是特定的犯罪。"③持相同观点的日本代表人物还有小野清一郎。行为共同说认为，共犯是指复数的人不是去实施特定的犯罪，而是通过共同的行为来实现各自所意图实现的犯罪。首先，它的出发点在于主观主义刑法理论的立场。④ 详言之，行为共同说（事实共同说）认为，共同犯罪是指数人实施了前构成要件的、前法律的行为，而不是共同实施特定的犯罪。或者说，各人以共同行为实施各人的犯罪时也成立共同正犯。换言之，在"行为"方面不要求共同实施特定的犯罪，只要前构成要件的、前法律的行为具有共同性就可以成立共同犯罪；在"意思联络"方面，也不要求数人必须具有共

① 参见赵秉志：《犯罪未遂的理论与实践》，中国人民大学出版社 1987 年版，第 141 页。

② 参见［日］野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社 2001 年版，第 387 页。

③ 参见［日］泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，有斐阁 1947 年版，第 226 页。

④ 参见［日］野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社 2001 年版，第 388 页。

同实现犯罪的意思联络，只要就实施前构成要件的、前法律的行为具有意思联络就可以成立共同犯罪。[①] 支持这一学说的有刑事社会学派在日本的代表人物牧野英一，他指出："将犯罪理解为恶性的表现时，就不能认为共犯是数人共同实施一个犯罪；从主观上理解犯罪时，认为共犯是因为数人有共同的行为而遂行其罪，才是妥当的。"[②]日本刑法学者木村龟二也持相同的主张。犯罪共同说与行为共同说的实质分歧在于行为主义与行为人主义、客观主义与主观主义的对立。也就是说，前者强调自由保障，而后者较重视社会防卫。

依照犯罪共同说，如果二人以上分担实施犯罪实行行为，若分别引起不同事实的，即使犯意有联络，也不能成立共同犯罪。共同犯罪必须有犯意联络和共同行为为必要条件，共谋若仅有共同犯意，而没有共同的实行行为，是不能成立共同犯罪的。依照行为共同说，共同犯罪不以具有同一的犯意为必要，犯罪是一个人犯罪主观的表征，共谋者有实施一部分行为，实现犯罪意思，也不影响共同犯罪的成立。实际上，犯罪共同说和行为共同说都要求正犯必须有共同实行行为，因而，对那些只参与共谋而未实行犯罪的人的分工并未回答，而日本刑法学者草野豹一郎所倡导的"共同意思主体说"给予了回应，即把其作为正犯来对待。草野豹一郎认为：一切社会现象不仅由个人的单独行为而生，而且由数人的共同行为而生，此共同现象，在经济学中作为分工或合同关系被研究，在民法、商法中作为法人或合伙制度被研究，而从刑法上观察此现象是，则生共犯的观念……唯所谓两人以上共同犯罪，先有为实现一定犯罪的共同目的存在，而在其目的之下，两人以上成为同心一体（共同意思主体），至少其中一人要着手实行犯罪。因为不存在共同目的，所谓共同不仅不能存在，而且不能在共同目的下成为一体，从而就不能有共同意思主体的活动。[③] 可见，共同意思主体说同样是以犯罪共同说为理论基础，但扩大了共同犯罪行为分担的范围而已。依照共同意思主体说，所谓两人以上共同，是两个以上的有责任能力者在意思联络下成为一体。为了有意思联络，要有对共同犯罪的认识和互相利用他一方的行为，全体成员协力而实现犯罪的意思。但要成立共犯还必须有人实行犯罪，即实施符合分则条文所规定的犯罪构成要件的行为，而实行犯罪事实，并不需要共同者全部分担实行行

① 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 255 页。

② 参见［日］牧野英一：《改订日本刑法》，有斐阁 1932 年版，第 361 页。

③ 参见［日］日本刑法学会编：《刑法讲座》（4），有斐阁 1973 年版，第 109 页；转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 656 页。

为，只要共同者的任何一人实行就够了。参与谋议者虽不分担实行行为，只要有人实行，他就要作为共谋共同正犯处理。[①] 在日本的司法实务中普遍采纳共同意思主体说，广泛用于处理暴力团伙犯罪、智能型犯罪等幕后操纵者刑事责任的案件。但该理论也引来学界的批判，认为其学说只强调共犯者的意思共同，而不要求实行行为的共同，只要其中有一人实施实行行为，就可以成立共谋共同正犯，显然与共同正犯的概念不合。[②]

犯罪共同说与行为共同说的争论，必然影响“部分实行全部责任”原则的贯彻范围。因为如果不是共同犯罪，行为人就不能对他人的行为及其结果承担刑事责任；如果成立共同犯罪，则由于各共犯人相互利用、补充对方的行为，而使数人的行为成为一个整体，每个共犯人的行为都是其他共犯人行为的一部分，其他共犯人的行为也是自己行为的一部分，故共犯人不仅要对自己的行为及其结果承担刑事责任，而且要对所参与的整个共同犯罪承担刑事责任，即对其他共犯人造成的结果承担刑事责任，或者说对通过其他共犯人的行为所造成的结果承担责任；即使不能查清结果由谁的行为引起，也要让所有共犯人对该结果承担刑事责任。[③]

我国刑法学界关于共谋有两大类不同的见解：一种意见认为，共谋不是共同犯罪行为。共谋而未实行，就意味着缺乏共同犯罪行为，因此，不能构成共同犯罪。另一种意见则认为，共谋是共同犯罪行为，参与共谋即使未实行也构成共同犯罪。因为共同犯罪行为包括犯罪的预备行为和犯罪的实行行为。笔者认同后一种观点。原因是：共谋不是单纯的犯意表示，而是一种行为，即犯罪的预备行为；即使参与共谋者没有着手实施实行行为，其与着手实施行为者之间同样具备了共同犯罪成立所必须具备的主客观条件。数人共谋而共行，固然构成共同实行犯；数人共谋而均未行，如果各共犯人均因意志以外的原因而未着手实施犯罪的实行行为，则构成共同犯罪的预备犯，如果各共犯人都自动放弃犯罪而使犯罪行为停止在未着手犯罪的实行行为之前，则构成共同犯罪的中止犯。如果参与共谋的数人中一部分人未实施犯罪的实行行为，另外一部分人着手实施了犯罪的实行行为，那么，两者之间仍然构成共同犯罪。那种认为仅参与共谋者与实行行为者之间缺乏共同犯罪行为的观点，忽视了犯罪的预备行为与实行行为的同质性，也忽视了仅参与共谋者与实行行为者行为之间的协同性、关联性。实际上，这两者

---

① 参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 656—657 页。

② 参见马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 659 页。

③ 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 260 页。

之间的区别，不在于行为及其构成要件的不同，而在于符合犯罪构成要件的行为类型、构成要件的要素有所不同。[①] 赞成后一种观点的学者认为，共谋不是共同犯罪意图的单纯流露，而是共同犯罪预备行为，共谋而未实行者无疑亦具备成立共同犯罪所需要的主客观要件。[②] 目前，在刑法理论界，承认共谋是共同犯罪行为的观点占主流，因为这种观点呼应了共同犯罪人之间的整体性，注重共同犯罪之间的共同意思联络及共同的行为，贯彻了主客观相一致的原则。

对只参与共谋而未着手实行行为法律性质如何认定，在理论界和司法实务界产生很大争议。一种观点认为，参与共谋而未实行者，都属于共同犯罪的预备行为；另一种观点认为，参与谋议者虽不分担实行行为，只要有人实行，他就要作为共谋共同正犯处理，即对共同犯罪的既遂承担责任，日本学者草野豹一郎就持该观点；再一种观点认为，参与共谋而未实行者，要分情况进行处理。如果是参与共谋者起组织、策划、指挥作用的，即其组织行为对其他共同犯罪人的实行行为有支配、制约关系，其应对在其制约下的实行行为所造成的一切犯罪结果承担刑事责任；如果参与共谋而未实行者不是组织犯，而只在共同犯罪中起到了帮助的作用，那就不能让其承担犯罪既遂的刑事责任，通常按照犯罪预备来处理。笔者认为，第一种观点不能正确对待幕后操纵者犯罪的社会危害性，会放纵对组织犯的严惩，也是与我国刑法对首要分子刑事责任规定相违背的；第二种观点则扩大了共同正犯的范围，对仅在共同犯罪中起帮助作用的犯罪分子来说，有违背罪刑均衡的原则；第三种观点，对参与共谋者区别对待，在刑法理论和实践中是很有意义的，对于主谋者要求其对实行犯罪造成的一切后果承担责任，而对一般参与共谋者按照犯罪预备处理能做到罪责刑相适应，对犯罪分子不枉不纵，有助于与共同犯罪作斗争，较为适当，我国许多刑法学者赞成该种观点。

被告人张云志参与了携带犯罪工具到李家附近准备犯罪活动，即与张书海、张小马共同参与了“11·27”抢劫案的共谋。张云志的犯罪预备行为已经成为“11·27”共同抢劫犯罪的一部分，而不能孤立看待；尽管张云志本人放弃着手实施抢劫犯罪的实行行为，但不能否认其参与犯罪的准备活动对“11·27”抢劫的意义，实际上已经构成对该案的帮助，与张书海、张小马二人抢劫犯罪得逞是分不开的，构成了共同犯罪。张云志本人未着手实施抢劫，不是共同犯罪的组织者，认定为犯罪预备较为科学。

---

① 参见肖中华：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学出版社2000年版，第327页。

② 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社2002年版，第363页。

（三）认定犯罪预备的理由

第一种观点认为把张云志的行为看作是犯罪预备阶段的特殊形式的犯罪中止，即放弃可以重复侵害的行为，实质上违背了“放弃可以重复侵害的行为”原理。一方面，放弃可以重复侵害的行为，是必须发生在犯罪实行未了的过程中，即实施了足以造成既遂危害结果的第一次侵害行为，即处于犯罪的实行阶段而不是犯罪的预备阶段；另一方面，张云志两次参与犯罪的准备活动都因被害人李全国家人多，而不是自己自愿地放弃实施实行行为的，即是张云志意志以外的原因，不具有犯罪中止的“自动性”、“彻底性”特征。因此，笔者认为第一种观点是不正确的。

第二种观点认为，本案中，张书海、张小马是此次犯罪的主犯，其犯意的产生与张云志无关。张云志毕竟是在张书海的教唆、指使下参与犯罪，参与的程度也仅仅是进行犯罪预备，且有被迫的性质。在这种情况下，让张云志阻止张书海、张小马实施抢劫，并有效避免犯罪结果的发生，是不可能的。张云志的不辞而别可以视为其与该抢劫因果关系的中断，相对于张云志而言，张书海、张小马后来的抢劫行为是由其自身行为直接引起的，实际上是没有张云志参与的新的抢劫犯罪。因而，让张云志承担既遂责任，于法无据，于理不通。①

笔者认为，以上观点值得商榷。

（1）“11·27”抢劫案，张书海、张小马是主犯，但其实行犯罪与张云志参与犯罪准备活动不无关系。即使张云志的行为在张书海教唆和指使下且具有被迫性质，但也不能断然否定张云志与张书海、张小马的共谋行为，换言之，不能抹杀张云志的犯罪预备和张书海、张小马着手实施犯罪之间的关联性、协同性及共同犯罪整体性。

（2）该观点认为，让张云志阻止张书海、张小马实施抢劫，并有效防止结果的发生，是不可能的。实际上，张云志一参与该案共谋，进行犯罪准备活动，即与他们形成了共同犯罪。退一步讲，张云志完全知道他参与该起抢劫罪准备活动的后果，法律也鼓励其通过自首来减轻自己的责任，使该共同犯罪停止在犯罪预备阶段，也就减轻了对社会的危害。

（3）第二种观点把张云志的不辞而别视为其与该抢劫因果关系中断，认为张书海、张小马后来的抢劫行为是由其自身行为直接引起的。这种观点也是人为地把张云志携带犯罪工具、两次“踩点”与“11·27”抢劫案割裂开来。事实上，

---

① 参见苏长明、杜道泉：《抢劫罪犯罪形态及相关问题的认定和处理》，载《刑事司法指南》2002年第1辑。

若没有张云志两次踩点，熟悉被害人居住地点环境，掌握被害人生活规律，张书海、张小马也不会顺利实施其抢劫行为，恰恰是张云志与他们两次前往被害人居住地附近踩点为张书海、张小马抢劫得逞作了铺垫，张云志的犯罪预备与张书海、张小马抢劫行为完成是有因果关系的。

第三种观点认为，被告人张云志所参与的抢劫犯罪并未着手实施，但其两次踩点，进行的犯罪准备，是为张书海和张小马顺利实施抢劫并能得逞作了很好的铺垫，仅仅把其看成孤立的犯罪预备行为，有违其在共同犯罪中的作用。这是正确的，但把所谓“部分行为，全部责任”这一主要适用于共同实行犯罪的理论搬到共谋犯罪是不妥的。张云志不是该共同犯罪的组织、策划、指挥者，且其本人也未着手实施抢劫的实行行为，其行为是不可能为既遂的，只是犯罪预备，仍然与张书海、张小马的实行行为具有同质性，构成共同犯罪。

笔者赞同第四种观点，张云志参与共谋而未着手实施实行行为，不同于单个人的犯意，属于犯罪预备行为。而且，其不是犯罪集团的组织者，不可能让其承担犯罪集团的一切刑事责任。我国《刑法》第 22 条规定：“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。/对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”符合罪刑均衡原则。反之，让其承担既遂责任，其刑事责任就会大大地加重，对犯罪人是不公平的。

郑州市人民检察院对被告人张云志以抢劫罪（预备犯）提起公诉，郑州市中级人民法院审理认为，被告人张云志伙同被告人张书海、张小马多次携带作案工具到被害人家附近伺机作案，均因被害人家人多而未实施抢劫，其放弃犯罪是出于意志以外的原因，其行为不符合犯罪中止条件。以被告人张云志犯抢劫罪，判处五年有期徒刑。可知，郑州市人民法院的判决不认为张云志的行为是犯罪中止，也认定了其行为是犯罪预备。

七、帮助犯与片面共犯的区分

（一）张玉萍是否参与“11·27”抢劫案及其在系列抢劫犯罪中的作用

1. 张玉萍是否参与“11·27”抢劫案的争讼。张玉萍是否参与“11·27”案存在分歧主要是基于对张玉萍与张书海特殊的亲情关系以及张玉萍在该案中的行为认识差异而产生。主要有以下几种意见：

（1）认为张玉萍没有参与“11·27”抢劫。因为张玉萍为张书海等提供食宿是基于张书海与张玉萍是兄妹亲情关系，且张玉萍未参与该抢劫的谋划，无主观目的。

（2）张玉萍成立张书海等人抢劫的“片面共犯”。因为张书海等不希望张玉

萍参与此次抢劫，但张玉萍主观上知道张书海等人实施抢劫，仍然为其提供食宿。实际上，张玉萍主观上有帮助他人犯罪的故意，客观上也实施了帮助行为，只是张书海等人不知道而已。

（3）张玉萍应成立该案的帮助犯，而不是“片面共犯”。因为张玉萍知道他人实施抢劫行为并为他们提供食宿，张书海等人也知道张玉萍的帮助意思，而不是张书海等人完全不知的，所以说“片面共犯”是不正确的。

2. 张玉萍在系列抢劫案中是主犯还是从犯。除了“11·27”案外，张玉萍还参与了“11·19”、“3·3”、“12·9”案。综观其所参与的系列抢劫犯罪，张玉萍是共同犯罪中的主犯还是从犯，存在两种对立的观点：

（1）张玉萍在抢劫案共同犯罪中是主犯。其在系列抢劫犯罪活动中从帮助犯的角色，逐渐演化成主犯，也即在“11·27”抢劫案中是帮助行为犯罪，而后在“11·19”、“3·3”、“12·9”案中是实施了共同犯罪的实行行为，且其行为是系列抢劫犯罪结果发生的重要原因。在共同犯罪中起主要作用，因而是主犯。

（2）张玉萍在系列抢劫共同犯罪中只能是从犯。根据我国刑法规定，主犯包括组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的主犯和在共同犯罪中起主要作用的主犯。显而易见，张玉萍不是组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的主犯。那么，她是不是在共同犯罪中起主要作用的主犯呢？这种主犯一般是归属于教唆犯或者起主要作用的实行犯，结合案件事实，张玉萍也不是教唆犯。但她到底是不是起主要作用的实行犯？由于抢劫犯罪的着手实行行为具有双重性，即侵犯人身的手段行为和劫取财物的目的行为。根据案件事实可知，张玉萍并未着手实施抢劫犯罪的实行行为，只是帮助行为，应根据刑法关于从犯的有关规定，认定其是系列抢劫共同犯罪中的从犯。

（二）张玉萍抢劫行为相关法理分析

1. 帮助犯的认定。帮助犯是隶属于“共犯”的范畴，它是与正犯相对应的。正犯与共犯是共同犯罪中基于分工所作的一种分类。帮助犯的概念，在我国刑法共同犯罪理论中提到，但我国现行刑法条文并没有加以规定。对共同犯罪人采用分工的分类方法肇始于1810年《法国刑法典》。《法国刑法典》把共同犯罪人分为正犯与从犯两类，从犯又包括教唆犯与帮助犯，而且对从犯的处罚采用与正犯相同的刑事责任。1994年3月1日生效的法国新刑法典，取代了1810年法国刑法典，但关于从犯的刑事责任规定似乎没有太大的变化。法国新刑法典第二编刑事责任第一章一般规定第121—6条规定：“第121—7条意义上的共犯，按正犯论处。”第121—7条规定：“知情而故意给予帮助或协助，为准备或完成重罪或轻罪提供方便者，为重罪或轻罪之共犯。以赠礼、许诺、威胁、命令、滥用权势或

职权，挑动或教唆犯罪者，亦为共犯。”[①] 1871 年《德国刑法典》，在继承 1810 年《法国刑法典》基础上又有所发展和完善。把共同犯罪人分为三类：正犯、教唆犯、从犯，对共同犯罪人处罚也区别对待，对从犯的处罚采得减主义。因此，这种分类方法为大多数国家所采用。如新的《俄罗斯联邦刑法典》是国家杜马于 1996 年 5 月 24 日通过，1997 年 1 月 1 日生效，它是俄罗斯的第四部刑法典，仍沿袭在 1922 年、1926 年和 1960 年通过的刑法典关于共同犯罪人的分类方法。新的《俄罗斯刑法典》第 33 条规定：共同犯罪人的种类：①组织犯、教唆犯和帮助犯与实行犯一样，都是共同犯罪人。②直接实施犯罪或直接与其他人（共同实行犯）共同实施犯罪的人，以及利用因年龄、无刑事责任能力或本法典规定的其他情况而不负刑事责任的人实施犯罪的，都是实行犯。③组织犯罪的实施或领导犯罪的实行的人，以及成立有组织的集团或犯罪团体（犯罪组织）或领导这些集团或团体的人，是组织犯。④劝说、收买、威胁或以其他方式怂恿他人实施犯罪的人，是教唆犯。⑤以建议、指点、提供信息、提供犯罪手段或工具或者排除障碍从而帮助实施犯罪的人，以及事先许诺藏匿犯罪人、犯罪手段或工具、湮灭罪迹或藏匿犯罪赃物的人，以及事先许诺购买或销售赃物的人，都是帮助犯。[②]

我国古代法律把共犯区分为首犯和从犯。唐律规定，两人以上共同犯罪称为共犯，其中，“造意为首，余并为从”，即提议的主谋者是首犯，其他参加者为从犯。……对于共犯的处刑原则是，造意者依律处断，随从者减一等处罚。这一规定有利于区别犯罪者在共同犯罪中所发挥的不同作用，重点打击首犯。[③] 可看出，我国古代对共同犯罪人的分类主要根据犯罪人所起的作用。

对比分工分类方法和作用分类方法可以看出：分工分类方法虽然对共同犯罪量刑问题的解决不够圆满，但这种缺陷可以通过其他方法，例如规定处罚共同犯罪的一般原则等得到一定程度的弥补，因此不失为一种较为科学的共同犯罪人分类法。如果不是这样认识，就很难理解世界上绝大多数国家采用分工分类法的原因之所在了。作用分类法较为理想地解决了共同犯罪的量刑问题，但这只限于共同实行犯的量刑，这就使这种分类法具有很大的局限性。[④]

我国对共同犯罪分类比较特殊，是分工与作用分类方式的杂糅，现行刑法把

---

① 参见《法国刑法典》，罗结珍译，中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 8 页。

② 参见［俄］斯库拉托夫、列别捷夫主编：《俄罗斯联邦刑法典释义》，黄道秀译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 77 页。

③ 参见曾宪义主编：《中国法制史》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 131 页。

④ 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社 1992 年版，第 175 页。

共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。对现在的分类方式大多数学者持肯定态度。刑法学者陈兴良教授指出：采取了以作用分类为主、分工分类为辅，两种分类法相统一的分类法，就此而言，具有一定的独创性。当然，如何将作用分类法与分工分类法进一步结合，使我国刑法中的共同犯罪人的分类既适应共同犯罪的定罪的需要，又适应共同犯罪的量刑的需要，使之更加科学合理，这仍然是一个有待研究的问题。[①] 还有学者认为：我国刑法扬分工分类法和作用分类法之长，避其之短，在共同犯罪人的分类上，在按共同犯罪人在共同犯罪中的作用将其分为主犯、从犯、胁从犯的同时，又根据共同犯罪人的分工标准，划分出教唆犯。教唆犯与前三种共同犯罪人虽然不是并列关系，但教唆犯具有特殊性和复杂性，需要独立地加以研究。[②]

在我国刑法理论界使用的“共犯”中的帮助犯，被归为我国刑法规定的从犯范畴。我国《刑法》第 27 条第 1 款规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”这样我国刑法中的从犯就分为两类：一类是起次要作用的从犯；另一类是起辅助作用的从犯。对这两类作进一步解释：在共同犯罪中起次要作用的从犯，是指次要的实行犯。因此，只有在参加了犯罪的实行的情况下，才有起次要作用的从犯可言。在共同犯罪中起辅助作用的从犯，是指帮助犯。[③] 所以，帮助犯是从犯的一种类型，即在共同犯罪中起辅助作用。

在“11・27”抢劫案中，被告人张书海在郑州市金京花苑其妹妹张玉萍家居住，在这期间，张书海等人在张玉萍家准备了尖刀、尼龙绳、蒙面用的黑袜子等作案工具。事后，张玉萍分得赃款 1 000 元并保管照相机、黑提包等赃物。尽管张玉萍没有与张书海等人到被害人李全国家附近踩点，也没有着手实施抢劫的实行行为，但在明知张书海勾结张云志、张小马，在其家中准备尖刀、尼龙绳、蒙面用的黑袜子等作案工具，还几次到被害人家附近踩点，要实施抢劫，不但不作反对，而且为他们提供食宿，事后，还分得赃款并保管一些赃物。可知，张玉萍主观上有帮助张书海等人抢劫的故意，客观上也实施了帮助行为，符合犯罪构成要件。虽然不是“11・27”抢劫案的主犯，但对该起抢劫犯罪起到辅助作用。

2. “片面共犯”的法理分析。片面共犯，有学者亦认为片面合意的共同犯罪和单向共犯。[④] 有学者认为，是指参与同一犯罪的人中，一方认识到或故意在和他人共同犯罪，而另一方没有认识到有他人和自己共同犯罪的情形，即单方面、

---

① 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社 1992 年版，第 189 页。

② 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 240 页。

③ 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社 1992 年版，第 221、226 页。

④ 参见李敏：《论片面合意的共同犯罪》，载《政法论坛》1986 年第 3 期。

片面地存在共同犯罪的故意。[①] 刑法学者马克昌教授下的定义是："共同行为人的一方有与他人共同实施犯罪的意思，并协力于他人的犯罪行为，但他人却不知道其给予协力，因而缺乏共同犯罪故意的情况。"[②]

在日本刑法学界，能否成立片面共犯有肯定说和否定说两种。肯定片面共犯的学者认为"共同加功的意思属于犯人心理的事项，其相互交换或共犯者的双方有此交换，不过是外界的事项。故予辈认为，作为共犯的主观要件的此意思，在此片面的场合，尚可成立，在这种场合，对于有此意思的一方，生片面的效果。"[③] 否定片面共犯的学者认为共犯以共犯间的意志联络为要件……所谓片面的共犯，由于欠缺共犯成立的重要条件，著者认为应该完全否定它。[④] 日本学者西原春夫指出："因为作为共同成立要件的意思流通，必须是相互的，例如甲知道乙的犯意，单方面参与乙的犯罪，这种片面的共犯的场合，不成立共犯；从而甲的参与，除了其本身独立成为某些犯罪的场合外，甲为无罪。"[⑤]

在我国刑法学界，对于片面共犯，学者们存在不同看法：有人否定片面共犯概念，认为不存在片面的共同犯罪，即否定说；有人认为存在肯定说，持肯定说中又有不同的观点。

（1）持否定说认为，共同犯罪故意应是双向的、全面的，而不是单向的、片面的，片面共犯的提法于法无据，于理不符。[⑥] 我国刑法新秀肖中华博士也同意该观点提出了自己的理由。他认为，所谓片面共犯，包括片面实行犯、片面教唆犯、片面组织犯和片面帮助犯，都不应得到承认；片面共同犯罪的观念，违背设立共同犯罪制度的立法宗旨和共同犯罪成立条件的一般原理，在对所谓片面共同犯罪人进行处罚时也将发生困难。具体而言：①成立共同犯罪要求符合同一犯罪构成的行为人之人数必须在二人以上。而在片面共犯的场合，所谓片面的共同犯罪人可以是一人。显然，"一人的共同犯罪"是不可成立的。②成立共同犯罪，各行为人之间必须具有犯罪的共同故意。……所谓片面的共同犯罪，虽有别于同时犯，其有一方行为人明知自己在参与不知情的另一方之犯罪，但无论如何，在

---

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 363 页。

② 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 514 页。

③ 参见［日］牧野英一：《日本刑法》（上），有斐阁 1939 年版，第 444—445 页；转引自马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 515 页。

④ 参见［日］植松正：《再订刑法概论·1 总论》，劲草书房 1974 年版，第 381 页；转引自马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 515 页。

⑤ 参见［日］西原春夫：《刑法总论》；成文堂 1977 年版，第 334 页；转引自高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 363 页。

⑥ 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 235 页。

这种情况下，明知自己参与他人犯罪的一方与不知情的另一方之间并没有一致的主观联系和共同意志，不具备共同犯罪成立的条件。③如果承认所谓片面的共犯，对所谓的片面共犯人的处罚在法律上将无所适从，出现混乱，而且还可能在结果上有悖罪责刑相适应的量刑原则。[①] 认为不存在片面共犯的学者也为数不少。[②]

（2）持肯定说的学者对片面共犯成立的范围又有所不同，主要有以下几种：①所有片面共犯都成立共同犯罪。[③] ②有学者认为，片面共犯可以成立共同犯罪，但并非在任何种类的共同犯罪人之间都能存在。具体而言，所谓片面的组织犯不可能发生；在共同实行犯罪的情况下，各共同犯罪人必须具有全面与互相的主观联系，才能成立共同犯罪，因此片面的共同故意支配下的实行犯，没有必要承认其为所谓片面的实行犯，不必按共同犯罪处理。片面共犯具有共同犯罪的故意支配下实施的教唆行为和帮助行为，则有必要肯定其为共同犯罪，否则不利于司法实践中惩治犯罪的需要。……如果否认片面共犯，或称"所谓片面共犯并非共同犯罪"，则追究片面共犯人的刑事责任就失去了法律依据。[④] ③我国著名刑法学者马克昌教授认为，片面共犯是可能存在的。片面共犯确实只有单方面的意思联络，因而缺乏彼此共同的意志。也正因此，它不可能是全面共犯，而只能是片面共犯。暗中故意帮助他人实施故意犯罪，被帮助者虽不知情，但帮助者既与他人有共同犯罪的故意，又有共同犯罪的行为，根据主客观相一致的原则，按片面共犯论处，是比较适宜的。怎么能说这是"客观归罪"呢？相反地，如果以单独犯罪论处，岂不与实际情况大相径庭？至于片面共犯的范围，我们认为只有片面帮助犯（从犯）才能成立……至于片面共同实行犯（共同正犯），在实际生活中很难发生，即使发生了，可根据各个实行犯的情况分别处理。[⑤]

笔者认为，片面共犯否定说，不仅符合我国刑法理论，而且对司法实践更为有益。主要是因为：①"片面共犯"只是知情者一方片面的认识，仅说明有片面的联系，因而没有共同实施犯罪的共同意志因素，就缺乏共同故意这一主观要件；②承认"片面共犯"，无疑会人为地扩大共同犯罪人的范围，导致"客观归

---

① 参见肖中华：《犯罪构成及其关系论》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 331—333 页。

② 参见蒲全方：《"片面共犯"应予否定》，载《法学与实践》1986 年第 6 期；何秉松：《犯罪构成系统论》，中国法制出版社 1995 年版，第 363—365 页；张明楷：《刑法学》（上），法律出版社 1998 年版，第 281—282 页。

③ 参见李敏：《论片面合意的共同犯罪》，载《政法论坛》1986 年第 3 期。

④ 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 364 页。

⑤ 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 516—517 页。

罪”；③否认“片面共犯”存在，不会放纵罪犯。对于那些所谓的“片面共犯”，如果其行为符合犯罪构成要件，可以按单独的犯罪来处理；④否认“片面共犯”，对于司法部门惩罚犯罪、保护人权更为有利，因为行为人对自己的行为负责，承担刑事责任与罪行相适应。

在“11·27”抢劫案中，张玉萍为张书海提供食宿，张书海不是不知，而是明知的，也就是说，双方已经形成了法律上的共同故意。即便是张书海不希望其妹妹张玉萍参与该次抢劫，也没让她实施抢劫有关的实行行为，认为这次抢劫与其妹妹是没有法律关系，但这只是张书海对法律认识的错误。对法律认识的错误不影响张玉萍应承担的刑事责任。这样，张玉萍也是“11·27”抢劫案的共犯，只是起着辅助性作用的从犯，而不是所谓“片面共犯”。

3. 主从犯的法理之争。我国刑法对共同犯罪人的分类，是以惩办与宽大相结合的政策为根据的。这一政策的核心思想是对犯罪分子要区别对待。在这一政策的指导下，我国刑法对共同犯罪人的分类，就不能不把重点放在区别共同犯罪人的社会危害性大小上。这样，刑法确立以作用分类为主、以分工分类为辅的共同犯罪人的分类法也就是理所当然的了。因此，笔者认为，我国刑法共同犯罪人的分类法虽然在一定程度上受历史传统的影响，但主要还是受惩办与宽大相结合的政策的制约。[①] 实际上，我国刑法所采用的分类法也是对两种分类法互相吸收、扬长避短，具有科学性和独创性。主犯、从犯、胁从犯是按作用分类的共同犯罪人的基本种类，而教唆犯则是按分工分类的共同犯罪人的特殊种类。我国刑法虽然按分工分类只规定教唆犯，但理论上在共同犯罪中教唆犯是以实行犯存在为条件的。没有实行犯犯罪，就没有作为共同犯罪人的教唆犯，而像组织犯、实行犯、帮助犯，在条文中已包括了。这就是说，组织犯、实行犯、帮助犯在我国刑法条文中实际也是有所反映的，只是没有组织犯、实行犯、帮助犯的概念。同时考虑到“在我国司法实践中，司法机关在认定共犯人行为的社会危害性程度大小时，一般是先看行为人是实行犯、帮助犯，还是教唆犯、组织犯，然后再分析他们在共同犯罪中所起的作用大小，即是主犯、还是从犯或胁从犯”。由此，我们认为在刑法理论上可将我国刑法中的共同犯罪人分为两类：第一类，以分工为标准分为组织犯、实行犯、帮助犯、教唆犯；第二类，以作用为标准分为主犯、从犯、胁从犯。[②]

---

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第 2 卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 459 页。

② 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 540—541 页。

国外关于正犯（实行犯）与共犯的区别的学说有多种[①]：

（1）主观说。它是以因果关系理论中的条件说为基础，认为对构成要件的结果设定条件的人，都是对结果设定原因的人，所有的条件都是原因，所有的条件均属等价，故从因果关系的见地来看，不可能区分正犯与共犯，只能从行为人的主观方面来寻求二者的区别。关于此，又有不同的学说：①目的说或利益说。认为为了实现自己的目的或者为了自己的利益而实施行为的，是正犯；为了实现他人的目的或者为了他人的利益而实施行为的，是共犯。②故意说。认为以“实施自己的行为的意思”或自己行为的意思而实施行为的，是正犯；以“加担他人的行为的意思”或加担行为的意思而实施行为的，是共犯。

（2）客观说。它是以因果关系理论中的原因说为基础，认为行为对结果的发生起原因作用的，就是正犯；行为对结果发生起条件作用的，就是共犯。事实上，以往的原因说论者在寻找原因时所采取的标准不仅不一致，而且没有一种标准是合适的。①最终条件说认为，从时间上看，最后对结果起作用的条件就是原因，但事实上，在最后起作用的条件，并不都是重要的条件。②异常原因说认为，在生活上违反常规所实施的行为就是原因，然而，在许多情况下，违反常规的行为也不一定对结果的发生起重要作用，况且在共同犯罪人的行为均违反常规的情况下。③优势条件说认为，决定结果发生方向的条件就是原因，显然，这一标准很不明确。④最有力条件说认为，对结果最有力的条件就是原因。⑤动力原因说认为，对结果的发生给予动力的条件就是原因。

（3）形式的客观说。又称实行行为说，认为，以自己的身体动静实施符合基本构成要件的实行行为的人是正犯，用符合修正案构成要件的教唆行为、帮助行为对正犯的实行行为进行加担的人，则是共犯。换言之，完全或者部分实施了构成要件所规定的行为的，均是正犯，实施构成要件以外之行为的，皆为共犯。这学说的理由是：采取这一标准，符合构成要件理论；这一标准也有利于限制正犯的范围，从而有利于实行刑法的人权保障机能。然而，这一理论面临的最大难题是间接正犯，同时面临着共谋共同正犯的难题。

（4）实质的客观说。是为了克服形式的客观说而产生的学说。但其中的“实质”究竟指什么，则没有形成统一认识，出现了不同观点。①重要作用说认为，从实质上看，对结果的发生起重要作用的就是正犯；反之则是共犯。②必要性说主张，凡是对于犯罪事实属于不可或缺的加功者，就是正犯，其余皆为共犯；所谓不可或缺的加功者，是指如果没有其加功，则不能发生犯罪事由。③同时性说

---

① 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 286—291 页。

提倡，在犯罪行为（实行行为）之同时对于该犯罪事实予以加功者，属于正犯，在犯罪行为之前予以加功者，属于共犯。④优势说提出，共同正犯与帮助犯之间，没有固定的区分标准，只能根据具体情况进行判断。共同正犯与共犯的最大区分标准为，正犯对于犯罪事实具有优势关系，而共犯所加功的犯罪事实仅为附属之部分。

（5）目的的行为支配说。又称目的的客观说，立于目的行为论的立场，将行为支配作为正犯的要素，根据是否实施了有目的的支配行为来区分正犯与共犯。

（6）犯罪事实支配理论。该理论指出，正犯是具体犯罪事实的核心角色，犯罪过程的关键人物。这个定义是界定正犯的指导概念，可以作为先于法律（在法律之前而不是法律上）的区分标准，也可以作为区分正犯与共犯的法定评价依据。

我国刑法学者张明楷教授认为，我国刑法理论上对正犯与共犯的区分基本上采取的是形式的客观说。[①] 著名刑法学者马克昌认为，犯罪是构成客观要件与主观要件的统一，区分帮助犯与实行犯，应当以客观要件与主观要件的统一为依据，不能只根据一个方面，而忽视另一方面。由此可以得出结论：以实行犯罪的意思，直接实行犯罪构成客观要件的行为的，是实行犯；以帮助他人犯罪的意思，实施犯罪构成客观要件之外的行为的，是帮助犯。[②]

在“11·27”、“11·19”、“3·3”、“12·9”系列抢劫案中，张玉萍是以帮助他人犯罪的故意，并没有直接实行抢劫罪犯罪构成客观要件的行为，是帮助犯，而不是实行犯。也就是说，张玉萍不是领导、组织犯罪集团的首要分子，也不是教唆犯，又排除了张玉萍充当实行犯的角色，定位于帮助犯，因而可知其为从犯，而不是主犯。

4. “着手”的认定。“着手”，即“着手实行犯罪”，是指行为人已经开始实施刑法分则规范里具体犯罪构成要件中的犯罪行为。在整个犯罪过程中，是犯罪预备阶段和犯罪实行阶段的分界，是实行行为的一部分，区别于犯罪预备行为，对准确区分犯罪未遂和犯罪预备是很关键的，因而对“着手”问题的正确认识，在刑法理论和刑事司法实践中具有重大的意义。

“着手”一词的法典化最早见于1810年《法国刑法典》第2条，并经过1871年《德国刑法典》而最终得以确立。在未遂和预备均被认为是犯罪的国家，着手是区分这两种处罚原则不同的犯罪形态的标志；在不处罚预备犯的国家，着手则

① 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第293页。

② 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第552页。

成为区分罪与非罪的标志。关于认定着手的标准，在大陆法系国家主要有三大派主张[①]：

（1）客观说。此说为刑事古典学派所主张，认为判断行为是否着手应以客观事实为基础，即应以行为自身的客观性质为依据，而不应以行为人本人的主观意思为标准。具体而言，客观说又可分为形式的客观说与实质的客观说。前者是从形式上，即犯罪构成要件上判断行为是否着手；后者是从实质上，即对法益的侵害上来判断行为是否着手。目前，实质的客观说在日本刑法理论界和实务界颇有市场。

（2）主观说。此说为近代刑法理论所主张。该观点站在犯罪是行为人危险性格的发现这个立场，认为判断犯罪实行行为的着手应从行为人的主观方面入手，以证明行为人具有犯罪意思为根据。主观说在德国较为通行，近年来在法国也受到实务界的普遍认可，出现了不少以主观说为理论基础的判例。

（3）折衷说。亦称主观的客观说，其侧重点在主观说，主张对着手的判断应结合主观与客观两个方面，认为应该从行为人的全部计划观察其侵害法益的危险性已迫切并以此作为认定犯罪实行行为着手的标准。

我国的刑事立法和刑法理论认为，“着手”的概念和特征体现了主客观的有机统一：①着手是实行具体犯罪构成客观行为要件的起点。它不是介于犯罪预备阶段和实行阶段之间的一个独立的阶段或点，而是实行阶段和实行行为本身的起点。这里又有两个问题需要澄清：第一，着手就是实行行为的一部分内容；第二，着手不是属于预备阶段的预备行为的终了行为，而是实行阶段实行行为的开始。但是着手的出现既是确定犯罪已开始实行的标志，也是宣告预备阶段和预备行为已经终了的标志。②着手是客观实行行为和主观实行犯罪的意图相结合的产物和标志。[②]

至于张玉萍在几次抢劫犯罪中是否为主犯，根据《刑法》第 26 条对主犯和第 29 条对教唆犯的规定，结合整个犯罪事实，我们知道，其没有充当组织、领导犯罪集团角色，也不是教唆犯，其是否为在共同犯罪中起主要作用呢？通过分析其是否为系列抢劫犯罪的实行犯对认定其是否为主犯很关键。而怎样结合“着手实行行为”来认识抢劫犯罪实行行为，对认识张玉萍在“12·9”系列抢劫案是否为实行行为至关重要。抢劫罪的实行行为就是分则抢劫罪条文所规定的其犯

---

① 参见赵秉志主编：《外国刑法原理（大陆法系）》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 198—199 页。

② 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 310 页。

罪构成要件的行为。由犯罪构成要件的特点所决定，抢劫罪完整的实行行为可以分解为双重的实行行为内容，一为在前的侵犯公民人身的手段行为，一为在后的侵犯公私财产的非法强行得财的目的行为。因此，开始实行第一行为即侵犯人身的行为，即为着手实施抢劫罪的实行行为。应当注意，抢劫罪的手段行为可以包含一系列具有内在联系的动作，而不是只有一个动作。如在以暴力为手段行为的抢劫案中，就可以顺序出现逼问被害人、追赶被害人、抓住被害人、殴打乃至伤害、杀害被害人等一系列动作，这些动作都是暴力行为可包含的内容，无论行为人开始实施其哪个动作，都足以认定为抢劫罪实行行为的着手，而不再是犯罪中哪个动作，都足以认定为抢劫罪实行行为的着手，而不再是犯罪预备。[①]

而张玉萍只是提供张书海等人抢劫犯罪帮助，没有进行抢劫犯罪中侵犯公民人身的手段行为，也没有在犯罪现场非法强行取财的行为。因此，可以认定其没有着手实施抢劫犯罪的实行行为。

（三）张玉萍行为的认定

1. 在“11·27”案应视为帮助犯。张玉萍明知他人实施抢劫犯罪，仍然为其提供食宿等帮助行为，与他人形成共同的故意，是该共同犯罪的帮助犯。郑州市人民检察院以被告人张玉萍参与了“11·27”抢劫犯罪提起公诉，郑州市中级人民法院也认定张玉萍参与该起抢劫犯罪，都是合法合理的。

认为张玉萍为张书海提供食宿只是基于他们之间兄妹亲情关系，并且张玉萍没有参与“11·27”抢劫的谋划，无主观目的，这种看法没有注意到被告人张玉萍明知张书海等人实施抢劫仍为其提供食宿主观故意，张玉萍对张书海等人实施抢劫是明知的，也未加以制止，而且张书海也认识到妹妹张玉萍为其提供食宿能够方便准备实施抢劫，实际上形成了刑法上的共同犯罪故意。被告人张玉萍尽管没有参与“11·27”抢劫的谋划，但事实上通过提供食宿方式也客观地为实施抢劫起到了辅助作用，即有了帮助的行为。因此，认为张玉萍没有主观目的，是不正确的。

但把张玉萍视为“片面共犯”的观点也是不正确的。“片面共犯”要求被帮助人对帮助人的帮助并没有认识，客观上，帮助人的行为对被帮助人实施犯罪行为加功。作为被帮助人张书海对帮助人张玉萍提供食宿而得以方便实施抢劫不是不知，且与张玉萍明知张书海等人要实施抢劫而有意提供食宿，形成了共同的意思联络，也即有了“共同的故意”。所以，把张玉萍看作“片面共犯”是不科学的。

---

① 参见赵秉志：《侵犯财产罪》，中国人民公安大学出版社2003年，第76页。

被告人张玉萍主观上有帮助张书海等人实施“11·27”抢劫犯罪的故意。她明知张书海等人准备犯罪工具，多次去被害人李全国家准备犯罪活动，仍然执意为他们提供食宿，对于他们实施抢劫态度并不排斥，即有了帮助他们实施犯罪的故意。被告人在客观方面有帮助他们实施抢劫的帮助行为，并且在事后分得1 000元的赃款，并为他们保管一部分赃物。张玉萍的行为在主客方面都符合犯罪的构成要件，因而，其帮助行为已构成了犯罪。

2. 在系列抢劫犯罪中应认定为从犯。主张张玉萍在系列抢劫案中是主犯的观点认为，张玉萍在“11·27”抢劫案中是帮助行为犯罪，而后在“11·19”、“3·3”、“12·9”案中是实施了共同犯罪的实行行为，且其行为是系列抢劫犯罪结果的发生的重要原因。在共同犯罪中起主要作用，因而是主犯。根据张玉萍所参与后三次抢劫犯罪事实，可知其并未实施犯罪的实行行为，而只是帮助行为，不能认定为主犯。支持张玉萍为主犯的观点认为，抢劫罪的实行行为包括手段行为和取财行为。本案中，张玉萍是实行犯，且起主要作用。理由是：从张玉萍的整个行为来看，其和张书海的整个团伙抢劫犯罪一样，有一个逐步演化、升级的过程。第一起中，当张书海提出要抢劫被害人李某时，张玉萍在具体行为上也只是提供帮助。第二起中，当张书海提出要抢劫淮河路电信局时，张玉萍在主观上已不再是放任，而是一种希望的态度，表现为在自己的家中参与预谋，多次积极地到现场察看情况，提出注意事项，将是否有利于实施犯罪的信息提供给张书海等人，并且在现场拦一辆出租车等待接应，这一接应行为是抢劫行为中实行行为的一部分。第三起中，其又将作案工具——大铁锤运送到抢劫现场，交给被告人张世镜，并实际用于现场作案，其参与程度更进一步加深。第四起中，张玉萍不仅参与预谋，多次到现场察看情况，准备了作案工具——加固大编织袋，多次和张书海等一起到现场进行模拟而且直接实施了抢劫犯罪的实行行为：其和张宏超、张世镜一起将作案工具大铁锤、猎枪等带到现场，并看管自行车，负责接应，把劫得的赃款用编织袋整体套装后用自行车带着逃离现场。就张玉萍在这四起抢劫犯罪中的作用来看，抢劫的犯意虽然不是张玉萍首先提出，但其积极响应，对抢劫犯意的最终形成起了主要作用。虽然第一起是帮助行为，但第二、三、四起已不是单纯的事前或事后帮助，而成为实行行为的一个不可分离、至关重要的组成部分，和其他被告人的实行行为只是分工不同而已，其实施的行为对抢劫犯罪的最终完成起了关键性作用，因此，对张玉萍应当认定为主犯。[①]

---

① 参见苏长明、杜道泉：《抢劫罪犯罪形态及相关问题的认定和处理》，载《刑事司法指南》，2002年第1辑。

笔者认为，将张玉萍看作从犯是科学的。针对将其视为主犯的观点，我们可作以下分析：①根据我国刑法关于主犯和从犯的观定，要对张玉萍的行为性质准确定性，因为张玉萍不是组织、领导犯罪集团的首要分子，也不是教唆犯，关键就是要认定张玉萍是否是在犯罪这起主要作用的实行犯？如果是，就为主犯；反之，就为从犯。而抢劫罪的实行行为包括手段行为和取财行为，但不能把在犯罪准备阶段中行为与抢劫罪的手段行为相混淆。这里的手段行为，必须是当场使用暴力或者以当场实施暴力相威胁或者当场使用其他人身强制方法的行为。取财行为即抢劫罪的目的行为，必须是当场占有财物。构成抢劫罪，手段行为和目的行为两者缺一不可。综观张玉萍参与的几次抢劫犯罪，其没有实施侵犯他人人身的手段行为，也无当场占有财物的行为。因此，我们就不能说张玉萍实施了抢劫罪的实行行为。②在四起抢劫犯罪中，第一起抢劫犯罪中张玉萍的作用是帮助他人实行抢劫，在以上章节中已作阐释，在此不再赘述。在第二起抢劫犯罪中，张玉萍主观上有犯罪的故意，积极察看情况，收集犯罪信息，这些是实施犯罪的准备而非实行；张玉萍还在他人犯罪后拦出租车做接应，本身就是对他人实行犯罪后的加功作用，是事后帮助。因为张书海等人已把侵犯他人人身的手段行为和当场占有财物的目的行为实施完毕后在转移赃物逃离现场，这时张玉萍的接应只是抢劫既遂后的帮助。在第三起抢劫犯罪中，张玉萍把作案用的大铁锤运送到现场，实质就是犯罪预备行为，因为只有着手实施抢劫罪中手段行为和目的行为的任何一部分，我们才能认定其实施了犯罪实行行为。在第四起抢劫犯罪中，张玉萍对作案工具——大编织袋进行加固，是犯罪预备，而其与他人将其他作案工具运至现场，负责接应，仍然是没有实施抢劫罪中手段行为和目的行为的任何一部分，尽管其行为与他人犯罪更易得逞有着密切的关系，但我们仍然不能认定其实施了抢劫罪的实行行为。③认为张玉萍的犯罪行为对犯罪结果有着重要原因或重要作用，就认定其是主犯，是国外对于正犯和共犯区分理论中的“客观说”和“实质客观说”，由于有许多缺陷而受到批判，不符合我国刑法理论。刑法学者张明楷教授指出我国认定实行犯和帮助犯更近于形式的客观说，即以自己的身体动静实施符合基本构成要件的实行行为的人是正犯，用符合修正构成要件的教唆行为、帮助行为对正犯的实行行为进行加担的人，则是共犯。我国刑法学界普遍观点认为，应根据主客观相一致的原则，不能只根据一个方面，而忽视另一方面。简言之，以实行犯罪的意思，直接实行犯罪构成客观要件的行为的，是实行犯；以帮助他人犯罪的意思，实施犯罪构成客观要件之外的行为的，是帮助犯。①

① 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 552 页。

郑州市检察院以被告人张玉萍犯抢劫罪、系主犯提起公诉，郑州市中级人民法院也认定其为抢劫犯罪的主犯。张玉萍不服判决提起上诉，辩称：在“12·9”抢劫案中不是主犯，未参与直接实施抢劫行为，在四起抢劫中的作用一直是帮助和接应，并不是“参与过程是一个逐步升级的过程”，是从犯。河南省高级人民法院审理认为：关于上诉人张玉萍及其辩护人提出“（张玉萍）在‘12·9’抢劫案中不是主犯”等辩解，经查，张玉萍参与了以其兄张书海为首的团伙持枪抢劫广发银行银基营业部的预谋并接受分工，主动准备作案工具，加固了抢劫时装钱用的两只编织袋，在抢劫过程中，按照分工实施了在抢劫现场附近看守自行车及接应、运送赃款的行为。张玉萍虽未直接进入抢劫现场，但所起作用是整个抢劫行为中不可分割的组成部分，且抢劫后分得赃款 18 万元，故其在该次抢劫犯罪中起主要作用，系主犯。笔者认为，河南省高级法院的判决是值得商榷的。张玉萍不是组织、领导犯罪集团的首要分子，也非教唆犯，同时其不是实行犯而是帮助犯，认定其在犯罪中起主要作用是不妥的。既然张玉萍未直接进入抢劫现场，不是组织犯，也不是教唆犯，尽管她的行为客观上为他人犯罪提供很大的便利也分得巨额赃款，我们也不能认定其起主要作用，这是贯彻我国刑法中的主客观相统一的原则。

八、被告人王雨行为的罪数问题

（一）王雨行为罪数的争议

王雨接受张书海的委托企图将枪支、子弹以及赃款转移，后被公安机关查获。对于王雨这种行为如何定罪却存在很大的争议：

1. 认为王雨依照张书海的安排将枪支、子弹及赃款进行转移，实际上只实施了一个行为而同时触犯了两个罪名，即非法持有枪支、弹药罪与转移赃物罪，符合想象竞合犯特征，应“从一重罪处断”。

2. 认为王雨实际上实施了两个行为。因为“非法持有”类型犯罪从对象物实际为行为人控制时起即为成立。在王雨接受张书海委托时，就成立了非法持有枪支、弹药罪；后在转移赃物时被公安机关抓获，成立转移赃物罪。王雨实施了两个独立的犯罪，应按这两罪实行并罚。

3. 认为被告人王雨两个犯罪行为之间具有吸收关系。认为被告人王雨的犯罪目的是帮助张书海转移赃物，其事先持有、控制猎枪、子弹等赃物的行为实际上是转移这些赃物所必需的具备条件，属于转移赃物的预备行为，因被转移赃物这一实行行为吸收而失去独立存在的意义，这属于刑法理论上的吸收犯类型。

（二）王雨犯罪行为在刑法上的法理分析

1. 想象竞合犯的构成。行为人客观上实施一个犯罪行为，同时触犯两个以上的罪名，是想象竞合犯。一个犯罪行为是其本质特征。想象竞合犯可分为两类：即同种类的想象竞合犯和不同种类的想象竞合犯。同种类的想象竞合，是指一行为触犯同种的数罪名。刑法学界有人认为，一般而言，同种的数罪名必须是罪行形式、行为、后果、侵害法益、故意犯罪的行为阶段完全相同的犯罪，即犯罪构成的诸因素必须完全相同；否则，便是异种的数罪名。我们认为，同种的数罪名，一般就是指刑法分则规定的相同的罪名。[①] 否定同种的想象竞合犯，理由是：①数个不同的罪名，才是数罪名；②按照我国刑法规定一个犯意，一个行为，触犯一个罪名，只定一个罪；③在我国，"承认想象的数罪，目的在于在行为触犯的数罪名中，解决应按哪一个罪名定罪量刑的问题。同种类的想象的数罪，在确定行为的罪名上不发生任何疑问，因而把它作为想象的数罪，对审判工作也没有什么实际意义。"[②] 笔者赞同否定同种的想象竞合犯。异种的想象竞合犯，是指一行为触犯不同种的数罪名。我国刑法理论普遍认为，想象竞合犯是实质的一罪，应按"从一重罪处罚"。

对于"12・9"案件中，王雨实施了刑法上规定的两种行为：非法持有行为和转移行为。关于行为的学说，主要有：自然行为论、目的行为论、社会行为论以及人格行为论等几种。想象竞合犯中的一行为，是自然观念上的一行为，"不是从构成要件的评价上看，而是基于自然的观察，行为人的行为在社会的一般观念上被认为是一个行为。简单地说，所谓一个行为，通常是指自然观念上的一个行为。"[③] 但由于自然行为有时表现得扑朔迷离，如何判断是否为一个行为很不容易。对于行为之间具有何种程度的重合时，才能认为是一个行为主要存在三种学说：①主要部分重合说，即符合构成要件的各自然行为至少其主要部分是重合的；②一部重合说，即只要在某一点上是重合的就行了；③着手一体说，即符合数个构成要件的事实，必须在着手实行阶段一体化。一般认为，一部重合说扩大了观念的竞合的范围，着手一体说则缩小了观念的竞合的范围，主要部分说则较为妥当。[④] 笔者也赞成主要部分重合说。结合本案，王雨接受张书海的委托企图将枪支、子弹以及赃款转移，在接受委托时，已经实际控制了枪支、子弹和赃

---

① 参见赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（上卷），河南人民出版社 1996 年版，第 473 页。

② 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 676 页。

③ 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 348 页。

④ 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 349 页。

物，构成了非法持有枪支、弹药的行为，而后在转移赃物时，又有了非法转移赃物的行为。这样，对于非法持有行为与非法转移行为两种行为中，至少是其主要部分不是重合的，只能是两个行为，而非一个行为。所以，王雨的行为不符合想象竞合犯中规定的本质特征——一个犯罪行为，不能按想象竞合犯“从一重罪处罚”。

2. 吸收犯的构成。所谓吸收犯，是指行为人实施数个犯罪，因其所符合的犯罪构成之间具有特定的依附与被依附关系，从而导致其中一个不具有独立性的犯罪，被另一个具有独立性的犯罪所吸收，对行为人仅以吸收之罪论处，而对被吸收之罪置之不论的犯罪形态。[①] 我国著名刑法学者马克昌教授，对吸收犯概念有不同的定义，是指数个不同的犯罪行为，依据一般观念或法条内容，其中一个行为当然为他行为所吸收，只成立吸收行为的一个犯罪。主要区别在于对“吸收关系”的理解不同，这也是关于吸收犯不同认识的焦点所在。

关于吸收关系的理解，主要存在以下三种主张：

（1）一般观念和法条内容判断说，认为吸收犯的吸收关系基于一般经验（一般观念）判断，一罪当然包括他罪，或者基于法条内容，一罪足以吸收另一罪而形成。[②] 张明楷教授也坚持这一主张，认为根据一般观念和法律条文的内容，此一罪行当然吸收（包含）在彼一罪行之中而成为实质上的一罪，即可认定行为人实施的数个犯罪行为之间具有吸收关系。[③]

（2）主观方面判断标准说，此种观点认为，根据犯罪构成的主观方面判明一罪为他罪的必由之方法或必得之结果，即可认定行为人实施的两个犯罪之间具有吸收关系；否则，不存在吸收关系。[④]

（3）行为内在的独立性与非独立性对立统一说，认为行为人实施的数个犯罪行为，必须基于其内在的独立性与非独立性的对立统一特性，而彼此形成一种吸收关系。这是吸收犯作为一种罪数形态存在的基本原因，也是吸收犯区别于其他罪数形态的重要构成特征之一。[⑤]

笔者认为，第三种主张更科学，也便于司法实践的操作。一般观念和法条内

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第2卷），中国人民大学出版社1993年版，第624页；高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社2002年版，第414页。

② 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第667页。

③ 参见张明楷：《犯罪论原理》，武汉大学出版社1991年版，第442页。

④ 参见曲新久：《论吸收犯》，载《中国法学》1992年第2期；转引自赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（上卷），河南人民出版社1996年版，第499页。

⑤ 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社2002年版，第415页。

容判断标准说以及主观方面判断标准说，虽具有一定的合理性，但未从根本上避免模糊性和片面性的缺陷，难以据之得出具有确切性、一致性的判断结论，无法保证准确区分吸收犯与其他罪数形态的界限。

根据行为内在的独立性与非独立性对立统一说，判定吸收犯应把握两个标准：行为的依附性和构成的特定关联性。

（1）数个犯罪行为中一个犯罪行为不具有独立性，而另一犯罪行为具有独立性，前者以不同的表现形式依附于后者而存在。这是数个犯罪行为构成吸收犯的最基本的原因。数个都具有独立性或者均无独立性的犯罪行为，不能成立吸收犯。因为完全独立或各自具有对立性的犯罪行为相互之间不具有依附性，不存在一方吸收另一方的事实前提。同理，均无独立性的数个犯罪行为均不可能独自成罪，自然不会发生一个犯罪行为依附于另一个犯罪行为的关系，成立吸收犯所必需的数个犯罪行为之间的吸收关系也就无从谈起。

（2）数个犯罪行为中的具有独立性的犯罪行为与不具有独立性的犯罪行为之间，存在实施上的对立统一关系。对立是指数个犯罪行为分别符合的犯罪构成具有差异性。统一是指数个犯罪行为所符合的犯罪构成具有基本属性的一致性，并在基本属性一致的条件下具有目的符合性。

据此，吸收犯的形式主要包括：①既遂犯吸收预备犯或未遂犯；②未遂犯吸收预备犯；③实行阶段的中止犯吸收预备犯；④符合主犯条件的实行犯构成之罪吸收教唆犯、帮助犯、次要实行犯构成之罪；⑤主犯构成之罪吸收从犯、胁从犯构成之罪；⑥符合加重犯罪构成之罪吸收符合普通犯罪构成之罪，或者符合普通犯罪构成之罪吸收符合减轻犯罪构成之罪。[①]

“12·9”案中，王雨虽然实施了非法持有行为和非法转移行为两个行为，但两者之间并不具有吸收关系。非法持有行为与非法转移行为是各自独立的行为，根据行为内在的独立性与非独立性对立统一说，行为人实施的数个犯罪行为，必须基于其内在的独立性与非独立性的对立统一特性，而彼此形成一种吸收关系。简言之，王雨的两个行为不具备吸收犯本质特征——吸收关系。而且，王雨的实施两个既遂的犯罪行为，也因此不具备吸收犯的形式种类。鉴于以上所述，笔者认为，王雨实施的两个既遂行为，不具有吸收关系，是典型的数罪。

3.“非法持有枪支、弹药行为”的法理分析。类似“非法持有、私藏枪支、弹药罪”这些“持有”型犯罪在我国刑法中并不少见。在刑法上持有与占有同义，对这类犯罪定义既不明确要求积极的作为，也未明确规定消极的不作为，只

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2002 年版，第 415—419 页。

要求控制某种国家法律禁止"持有"的管制物品即构成犯罪。这就产生了关于持有型犯罪的行为性质的争议。刑法学者储槐植在其专著《美国刑法》中指出：持有是指对财物的实际控制。对物品的控制状态，通常起始于作为，如取得、收受等，以不作为（无动作之意）维护其存在状态，具有作为与不作为相交融的特点。但持有本身是一种状态，没有积极动作，既区别于作为，也有异于不作为，因刑法上的不作为以不履行法定义务为前提，而持有未必以此为前提。[①] 也有学者把这种持有视为一种不作为。他们认为，就导致持有状态存在的原因看，可能是由作为行为造成的，也可能是由不作为行为造成的；可能是由持有者本身的行为造成的，也可能是由他人的行为造成的，甚至可能由多种因素互相结合而造成；持有人对这种原因可能负责任，也可能没有责任。但是从持有本身看，既然法律将其规定为犯罪，那就意味着法律禁止这种状态的存在，而这种禁止暗含着当这种状态出现的时候法律命令持有人将特定物品上缴给有权管理的部门以消灭这种持有状态。因此，在法律禁止持有某种物品的情况下，持有该物品的人就负有将该物品上缴有权管理该物品的部门的义务。如果持有人违反这种义务，不主动上缴该物品，而是继续维持持有状态的存在，那就是一种刑法所禁止的不作为。当然，这种形式的不作为，由于所持物品本身的特殊性，而与一般意义上的不作为在存在结构上并不完全相同，所以可否将其作为行为的第三种类型，值得研究。[②]

在英美刑法中，"持有"(possession)[③] 是作为犯罪行为形式同"作为"与"不作为"相并列，如美国《模范刑法典》的行为条款中规定："如果持有人有意识地获得或接受了该持有物，或者在能够终止其持有的充分时间内知道自己控制着该物，则此种持有即为一种行为。"[④] 英国学者克罗斯和琼斯在《英国刑法导论》中指出："有时，犯罪定义与其说涉及一个作为或不作为，还不如说仅仅涉及一个外部事件。只要有事件就可以构成所有犯罪，都是由制定法明确规定的。"[⑤] 在大陆刑法中，也有持有型犯罪的规定。《法国刑法典》第 222—37 条：非法运输、持有、提供、转让、取得或使用毒品的（1992 年 12 月 16 日第 92—1336 号法律第 354 条），处 10 年监禁并科 5 000 万法郎罚金。在我国港、澳、台区际刑

① 参见储槐植：《美国刑法》（第 2 版），北京大学出版社 1996 年版，第 54 页。

② 参见张智辉：《刑事责任通论》，警官教育出版社 1995 年版，第 124 页。

③ 英国刑法中称为"事态"(state of affairs)。

④ 参见［美］《模范刑法典》，转引自储槐植：《美国刑法》（第 2 版），北京大学出版社 1996 年版，第 54 页。

⑤ 参见［英］克罗斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社 1992 年版，第 68 页。

事法律中，也都有对持有型犯罪的规定。[①]

持有行为形式的价值在于，在一些多发性和危害大的犯罪现象中，有的案件难以用传统罪名治罪，持有型罪名便成为最佳选择。……罪名是证明的中心，持有是现存事实状态，容易被证明，发现事实就等于证明了事实。由作为或不作为行为形式构成的种种罪名，公诉机关必须证明既成事实的来源或去向，证明事实的来源或去向显然难于证明事实本身。减轻证明责任，有助于增加刑法的威慑效用。[②] 而对于“持有”型的犯罪性问题，美国刑法学者 Richard G. Singer 和 John Q. La Fond 在其《刑事法》著作中是这样解释的：“许多刑事法规禁止持有某种物品，像一些法律对持有盗窃工具或者非法持有毒品的行为进行惩罚。在一定意义上讲，此种类型的法律不要求被告人从事了某种行为。申言之，仅有‘持有’——或者被告人一旦知道某种法律禁止的物品的存在而未能终止持有，就足以构成了犯罪。然而，这些刑事法规把“持有”规定为犯罪遵循了‘意志行为’的要件，因为这些‘持有’一般解释为被告人对其所控制或拥有的物品的明知或推定为明知。因此，故意地控制或拥有法律禁止的某种物品的行为是作为意志行为。”[③]

我国对持有型犯罪进行惩罚是立法的需要，客观的顺应了刑法发展的潮流。针对涉枪犯罪严重威胁到公共安全，为严惩涉枪犯罪，1997 年《刑法》第 128 条第 1 款对“非法持有、私藏枪支、弹药罪”规定就孕育而生。非法持有枪支、弹药罪，是指违反枪支管理规定，非法持有枪支、弹药的行为。所谓“非法持有”，是指违反枪支管理规定，没有合法根据而实际占有或控制枪支、弹药的行为。如非法公然拥有、携带、替他人保管或以其他方式持有枪支、弹药。在司法实践中，准确认定非法持有枪支、弹药罪有时不是很容易。该罪客观方面，行为人的非法持有行为往往与特定的先行行为存在因果关系，但这种先行行为的性质和因果关系的特征，不影响对罪名的认定。行为人只需实际占有或控制枪支、弹药即构成该罪。在“12·9”案中，王雨接受了其夫张书海的口头委托，答应保管以后转移枪支、弹药之时，就已经符合了实际控制了枪支、弹药，因而也就具备了非法持有枪支、弹药罪的构成要件。由于非法持有枪支、弹药罪属于持有型、状态型犯罪，即这种状态一经开始即构成了既遂，时间的长短原则上不是罪与非罪的区别，但可以在量刑时予以考虑。所以，持有型犯罪属于继续犯类型，

① 参见谢望原主编：《台、港、澳刑法与大陆刑法比较研究》，中国人民公安大学出版社 1998 年版，第 483—562 页。

② 参见储槐植：《美国刑法》（第 2 版），北京大学出版社 1996 年版，第 55 页。

③ Richard G. Singer, John Q. La Fond, *Criminal Law*, P. 39, China Fangzheng Press, 2003.

从非法持有行为开始起就构成了犯罪既遂。

（三）王雨行为应数罪并罚

郑州市人民检察院针对王雨非法持有枪支行为和转移赃物的两个行为作为两种行为构成数罪向郑州市中级人民法院提起公诉，郑州市中级人民法院经审查王雨的犯罪事实，认定其构成了数罪，以非法持有枪支、弹药罪判处被告人王雨有期徒刑 5 年，以转移赃物罪判处其有期徒刑 3 年。之后，被告人王雨依法提起上诉，辩称：原判认定其犯有非法持有枪支、弹药罪与事实不符，不应认定。河南省高级人民法院经查，对被告人王雨的辩解理由不予认定，维持原判决。

构成非法持有枪支、弹药罪，要求行为人必须对枪支有实际的控制状态，包括直接的控制和间接的控制。直接的控制，有公然拥有、携带；在实践中，非法持有枪支罪共同犯罪中对枪支间接有控制的状态是很常见的，如替他人保管或以其他方式持有枪支、弹药。王雨接受张书海的委托，答应保管枪支、弹药的行为，已经视为对枪支、弹药的控制，即构成了非法持有枪支、弹药罪。被告人王雨辩称，认定非法持有枪支、弹药行为，与事实不符是错误的，是对法律认识的错误，不影响其犯罪的成立。

笔者认为王雨的非法持有枪支、弹药和转移赃物的行为应认定为数罪，按照数罪进行处罚，这是因为：

1. 王雨接受张书海的委托，把枪支、弹药装入包中，实际上已经控制了这些违禁物品，从这一刻起，王雨与张书海已共同构成了非法持有枪支、弹药罪，即符合《刑法》第 128 条第 1 款之规定。经过了一段时间，王雨与张玉萍按张书海安排，将枪支、弹药以及赃款一同进行转移，途中被公安机关人员抓获，又构成了《刑法》第 312 条规定的转移赃物罪。尽管非法持有行为一直在继续，但不能否定行为人的非法持有行为成立，而把它与其他犯罪混为一团。对于非法持有枪支、弹药与非法转移赃物这两种行为中，至少是其主要部分不是重合的，只能是两个行为，而非一个行为。所以，王雨的行为不符合想象竞合犯中规定的本质特征——一个犯罪行为，同时触犯数个不同的罪名。所以，第一种观点不正确。

2. 有观点认为王雨的行为应当认定为吸收犯，应按照吸收之罪处断。其理由是：

（1）被告人王雨具有两个犯罪行为。就王雨的行为来看，当张书海先行出逃，让王雨、张玉萍将猎枪、子弹、赃款及其他与案件有关的赃、证物装进包内，等天亮后再带东西走时开始，枪支和弹药已实际置于王雨的控制之下，其非法持有枪支、弹药的行为即已成立。而此时，王雨转移赃物的行为尚不存在。待到王雨将枪支、弹药、赃款及其他与案件有关的赃、证物装进包内，并带出家门

时，其转移赃物的行为才属着手实施，只是该行为与尚在继续的非法持有枪支、弹药的行为发生重合而已。

（2）被告人王雨的两个犯罪行为之间具有吸收关系。本案中，被告人王雨的犯罪目的是帮助张书海转移赃物，其事先持有、控制猎枪、子弹等赃物的行为实际上是转移这些赃物所必需具备的条件，属于转移赃物的预备行为，因被转移赃物这一实行行为吸收而失去独立存在的意义，这属于刑法理论上的吸收犯类型。因此，在肯定被告人王雨具有两个犯罪行为的同时却忽视了它们之间存在着吸收关系，其结论自然不当。①

从以上观点和理由可知，承认了王雨按照张书海要求将猎枪、子弹装进包内时，枪支和弹药已实际上置于王雨的控制之下，其非法持有枪支、弹药的行为即已成立。后来，王雨携带枪支、弹药、赃物等出家门，转移赃物的行为才开始着手实施，并且转移赃物的行为与仍在继续的非法持有枪支、弹药行为发生重合。对这种认识笔者亦赞同；但把被告人王雨的两个犯罪行为理解为具有吸收关系，是欠妥当的。

（1）被告人王雨帮助张书海转移赃物的犯罪目的，不能排斥非法持有枪支、弹药罪的犯罪故意，即明知自己的行为会发生危害社会的结果，却希望或放任这种结果的发生。客观上，也有非法持有的行为，即没有合法根据而控制枪支、弹药的行为。正如以上观点认为，王雨按照张书海要求将猎枪、子弹装进包内时，枪支和弹药已实际上置于王雨的控制之下，其非法持有枪支、弹药的行为即已成立，不能把独立犯此罪的行为与另一罪的预备行为相混淆。

（2）王雨接受张书海的嘱托把赃物等装进包中，准备转移，是转移赃物罪的预备行为，即构成了转移赃物罪的犯罪构成，刑法并没规定持有赃物罪。其与非法持有枪支、弹药罪是不同的犯罪构成，根据我国刑法理论，符合一个犯罪构成，就构成一罪，不能再把非法持有枪支、弹药的行为仅仅视为转移赃物的预备行为。再次，非法持有型犯罪规定，体现了对一些多发性和危害大的犯罪的遏制立法思想，在司法实践过程中，为了预防和控制这些犯罪，用传统罪名很难治罪，持有型罪名便成为最佳选择。这也是刑法规定非法持有枪支、弹药罪目的之所在。实践中，非法持有枪支、弹药罪，从一定意义上说，是一个补充性罪名，其往往与其他犯罪相交织。只有在无法查到行为人非法持有、私藏枪支、弹药的来源、去向和用途时，才单独地以该罪名定罪处罚。如非法持有枪支与持枪抢

① 参见苏长明、杜道泉：《抢劫罪犯罪形态及相关问题的认定和处理》，载《刑事司法指南》2002 年第 1 辑。

劫，非法持有枪支、弹药罪与非法携带枪支、弹药危及公共安全罪等交织，不是简单地认为其是其他犯罪的预备行为。

（3）以上观点忽略了非法持有枪支、弹药罪作为继续犯的特征。因为在王雨接受张书海的嘱托控制了枪支、弹药那一刻起，王雨的非法持有枪支、弹药罪已既遂，不存在犯罪预备。当然，转移赃物的预备行为是有的，而后又发展为既遂，尽管非法持有枪支、弹药的行为仍在继续，但不能简单地说转移赃物的实行行为吸收了所谓的包括非法持有枪支、弹药的预备行为，事实上是两个既遂的犯罪。退一步讲，如果王雨只实施了非法持有枪支、弹药行为并转移枪支、弹药而无其他任何赃物，只是法条竞合的关系，按照非法持有枪支、弹药罪进行处罚，就是因为它是继续犯，不法行为和不法状态都在继续。

王雨实施了两个犯罪行为，但两个犯罪行为之间并没有所谓的吸收关系，而不能仅因为转移赃物的对象中有枪支、弹药而把非法持有行为与其纠合在一起，实际上，两行为是彼此独立而无吸收关系。吸收犯，是指数个犯罪行为因一个被另一个所吸收，因而失去独立意义，仅按吸收之罪处断的犯罪形态。吸收犯的主要特征在于彼此形成一种吸收关系，即数行为具有内在的独立性与非独立性的对立统一特性，数个都具有独立性或者均无独立性的犯罪行为，就不能成立吸收犯。该案中，王雨的非法持有枪支、弹药与转移赃物两种行为都是彼此独立的，不具有内在的独立性与非独立性。吸收犯的形式有重行为吸收轻行为、主行为吸收从行为、实行行为吸收预备行为等。从这两个行为来看，立法中确立非法持有型的犯罪，就不能把两者的行为看作是实行行为吸收预备行为的形式，因此，王雨实施的非法持有枪支、弹药罪与转移赃物罪也不符合吸收犯的形式。

3. 这两种行为之间不具备目的行为与方法行为、原因行为与结果行为的关系，不存在牵连关系，不能认定为牵连犯，而是普通的数罪并罚。

王雨的行为具有复数性，在接受张书海委托时，成立了非法持有枪支、弹药罪，而后在公安机关查获其转移其他赃物时，又构成了转移赃物罪。因而，有数个法律行为，构成了数罪。但两罪之间，实际上，并不具有刑法上的吸收关系，不能成立吸收犯，应实行数罪并罚，这一精神也有司法解释佐证。《最高人民法院印发关于执行〈中华人民共和国铁路法〉中刑事罚则若干问题的解释的通知》中第 2 条“对携带炸药、雷管或者非法携带枪支子弹、管制刀具进站上车的行为，如何追究刑事责任”第 4 项中规定：“行为人非法制造、收买枪支、弹药或者盗窃、抢夺枪支、弹药后，携带进站上车的，应当按非法制造、买卖枪支、弹药罪或者盗窃、抢夺枪支、弹药罪与非法携带炸药、雷管、枪支子弹进站上车罪实行数罪并罚；行为人非法运输枪支、弹药并携带枪支、弹药进站上车的，应当

以非法运输枪支、弹药罪定罪处罚”。此种司法解释同样适用于《集会游行示威法》第29条与《航空法》第139条的规定，如果行为人非法制造、收买枪支、弹药或者盗窃、抢夺枪支、弹药后，又在集会游行示威时或乘坐民用航空器时非法携带的，也应实行数罪并罚。

九、结语

针对以上几个争议问题，笔者运用刑法学原理提出了自己的看法。主犯张书海在1996年至2000年参与了几次抢劫犯罪，构成了抢劫罪的连续犯，因而对于其在1996年实施的“11·27”抢劫犯罪仍应依照新刑法定罪处刑。张云志在“11·27”案中，尽管没有参与着手实行抢劫，其不是犯罪集团中的组织犯，按照犯罪预备对其进行处罚是符合法理的。而对于张玉萍是否参与了该次抢劫犯罪，存在不同观点，从张玉萍犯罪事实，笔者认为其已参与了此次抢劫犯罪，但只是起到了帮助作用。对于张玉萍在系列抢劫犯罪中的作用，争议是很大的，笔者应用国内外关于主从犯界定的理论，并结合抢劫罪的特点，认为张玉萍尽管多次参加抢劫，但始终处于帮助犯角色，未着手实施抢劫犯罪，因而按照从犯处理较为合适。在该系列抢劫案中，被告人王雨是否应该按照非法持有枪支、弹药罪和转移赃物罪进行并罚，笔者认为，非法持有型犯罪有着自己的特点，而异于一般犯罪，因为此类犯罪具有严重的社会危害性，立法直接把其规定为犯罪，且具有继续犯特点，在本案中，非法持有枪支、弹药罪与转移赃物罪交织，仍然构成了普通的数罪并罚情形。

（撰稿人　付钦斌*）

* 河南省郑州市金水区人民法院，法学硕士。

附录：

河南省高级人民法院
刑事裁定书

（2001）豫刑一终字第 412 号

公诉机关：河南省郑州市人民检察院

上诉人（原审被告人）张书海，男，1955 年 5 月 24 日生，汉族，初中文化程度，河南省叶县夏李乡侯庄村 4 组农民，捕前住郑州市航海中路 201 号绿城花园小区 24 号楼 1 单元 14 号。因涉嫌犯抢劫罪于 2001 年 6 月 14 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 28 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

委托辩护人韦向智、吴岩岩，河南昌浩律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）张宏超，曾用名张洪超，男，1978 年 7 月 15 日生，汉族，大专文化程度，河南省叶县夏李乡侯庄村 4 组农民，系上诉人张书海之子，捕前住郑州市航海中路 201 号绿城花园小区 24 号楼 1 单元 14 号。因涉嫌犯抢劫罪于 2001 年 6 月 21 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 28 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

指定辩护人王斌，河南佳盒律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）张世镜，曾用名张伟，男，1977 年 1 月 29 日生，汉族，高中文化程度，河南省叶县旧县乡八里圆村农民，住该村 338 号。因涉嫌犯抢劫罪于 2001 年 6 月 21 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 28 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

指定辩护人荆勇军、魏杭周，河南国基律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）乔红军，男，1976 年 4 月 15 日生，汉族，高中文化程度，住河南省叶县昆阳镇南关大街 250 号，无职业。因涉嫌犯抢劫罪于 2001 年 6 月 21 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 28 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

指定辩护人崔保军，河南金学苑律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）张玉萍，曾用名张玉平，女，1968 年 11 月 23 日生，

汉族，中专文化程度，住郑州市淮河路金京花苑 11 号楼 24 号，个体医生，系张书海之妹。因涉嫌犯抢劫罪于 2001 年 6 月 15 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 28 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

指定辩护人丁世亮，河南佳盒律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）张小马，曾用名张小满、张满仓，男，1972 年 8 月 5 日生，汉族，小学文化程度，河南省叶县夏李乡侯庄村 4 组农民。因涉嫌犯抢劫罪于 2001 年 6 月 15 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 28 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

指定辩护人马光辉，河南金学苑律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）王雨，曾用名王宇，女，1955 年 5 月 15 日生，汉族，初中文化程度，河南省叶县夏李乡侯庄村 4 组农民，系张书海之妻，捕前住郑州市航海中路 201 号绿城花园小区 24 号楼 1 单元 14 号。因涉嫌包庇罪、非法持有枪支、弹药罪于 2001 年 6 月 15 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 7 月 1 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

上诉人（原审被告人）张云志，男，1967 年 2 月 16 日生，汉族，小学文化程度，河南省叶县夏李乡侯庄村 4 组农民。因涉嫌犯抢劫罪于 2001 年 6 月 29 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 29 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

原审被告人王志昆，男，1967 年 4 月 18 日生，汉族，大学文化程度，捕前住平顶山市新华区公园北街 8 号院，原系平顶山市湛河区人民法院副院长。因涉嫌犯买卖枪支罪于 2001 年 6 月 15 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 29 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

原审被告人张大国，又名张富国，男，1948 年 2 月 29 日生，汉族，小学文化程度，河南省叶县旧县乡八里圆村农民，住该村 338 号，系上诉人张世镜之父。因涉嫌犯窝藏赃物罪于 2001 年 6 月 23 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 6 月 28 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

原审被告人李进才，男，1940 年 5 月 5 日生，汉族，高中文化程度，住河南省叶县旧县乡常庄 1 号，系该乡退休教师。因涉嫌犯窝藏、转移赃物罪于 2001 年 6 月 28 日被郑州市公安局刑事拘留，同年 7 月 5 日被逮捕。现押于郑州市第一看守所。

郑州市中级人民法院审理郑州市人民检察院指控原审被告人张书海犯抢劫罪、非法持有弹药罪，原审被告人张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马、张云志犯抢劫罪，原审被告人王雨犯帮助毁灭证据罪、窝藏、转移赃物罪、窝藏罪、非法持有枪支、弹药罪，原审被告人王志昆犯非法买卖枪支罪，原审被告人

张大国、李进才分别犯窝藏、转移赃物罪，原审附带民事诉讼原告人常书一、朱长芝、王文玲、常明提起附带民事诉讼一案，于 2001 年 8 月 18 日作出（2001）郑刑初字第 203 号刑事附带民事判决。原审被告人张书海、张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马、王雨、张云志不服判决，分别提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问被告人，听取辩护人的意见，认为本案事实清楚，决定不开庭审理。现已审理终结。

原判决认定：

1.1996 年春，被告人张书海在郑州市金京花苑其妹张玉萍家居住期间，得知在郑州市万福花园居住的个体医生李全国家经济富裕，遂生抢劫之念。张书海向张玉萍打听到万福花园的方位后，多次踩点或跟踪李全国，同时在张玉萍家准备了尖刀、尼龙绳、蒙面用的黑袜子等作案工具。张书海纠集被告人张云志携带上述工具多次到万福花园李全国家附近伺机抢劫，均因李家人多未能实施。张云志离开郑州返回叶县。后张书海再次纠集了张云志、张小马，并指使张云志带张小马到李全国家附近踩点，3 人又多次携带作案工具到李全国家附近伺机作案，仍因李家人多未能着手实施抢劫，张云志再次离开郑州。同年 11 月 27 日晚 7 时 30 分左右，张书海、张小马携带事先准备的松鼠牌猎枪 1 支及尖刀、尼龙绳、胶带纸等作案工具，从张玉萍家窜至万福花园，蒙面闯入李全国家中，张书海用猎枪威逼李的家人陈秀芳、岳朝杰、郭振峰、王占景、张小马分别抢走现金 1.5 万余元、理光照相机一部（价值2 450元）、手表 2 块及黑提包等物。作案后，返回张玉萍家中并分赃，张书海分得赃物 1.2 万元及照相机、黑提包等赃物，张小马分得赃款2 000元及手表等赃物，张玉萍分得赃款1 000元并保管照相机、黑提包等赃物。

2.1997 年夏，被告人张书海以看家护院为由，托被告人王志昆购买一支猎枪，后王志昆从其友张志强（另案处理）处得到一支盾牌唧筒式五连发猎枪。在张书海找王志昆要枪时，王志昆指派其司机王晓东（另案处理）将该枪连同张书海送至叶县张书海家中，并收受了张书海5 000元的买枪款。该五连发猎枪后被张书海等被告人用于实施抢劫郑州市电信局淮河路营业厅（以下简称淮河路营业厅）、中国建设银行郑州市分行淮河路支行交通路储蓄所（以下简称建行交通路储蓄所）及广东发展银行郑州分行银基支行营业部（以下简称广发银行银基营业部）的犯罪活动，并致死 1 人。

3.1997 年夏，被告人张书海起意抢劫淮河路电信营业厅，后纠集被告人张宏超、张世镜、张小马、张玉萍，多次在金京花苑张玉萍住处预谋并分别踩点。同年 11 月 19 日下午，5 被告人在张玉萍住处再次预谋、分工后，分别窜至该营

业厅附近，张玉萍按事先分工先到该营业厅内观察情况，并告知张书海等人可以行动，然后拦一辆出租车在营业厅门口附近路旁等候、接应。当日下午 5 时 50 分左右，张书海、张宏超、张世镜、张小马分别携带一支五连发猎枪、一支单管猎枪、导火索燃烧装置、两支仿真手枪和一个准备装赃物的背包，分别窜至该营业大厅内。由张小马身穿事先购买的警服、手持仿真手枪把守大门，阻止他人出入。张书海持枪将电信局工作人员、顾客胁迫到大厅东墙边蹲下，张宏超、张世镜翻入柜台内抢走营业款 37 万余元。后张书海掏出导火索燃烧装置，点燃后扔到该营业厅门口，伙同张宏超、张世镜、张小马乘车逃走。张玉萍见张书海等人离开现场后，即行溜走。事后，张世镜、张小马各分得赃款 1.6 万元，张玉萍分得赃款 5 万元，余款由张书海、张宏超分得。

4.1999 年初，被告人张书海、张宏超预谋抢劫建行交通路储蓄所，并纠集被告人张世镜在金京花苑张玉萍家中多次预谋、准备作案工具、到现场踩点，张宏超还以存款名义到该储蓄所观察柜台防弹玻璃厚度等情况。同年 3 月 2 日夜，4 被告人在张玉萍家再次进行了分工和策划。次日 7 时 30 分左右，张书海、张宏超、张世镜携带猎枪 2 支、爆炸装置 1 个，分别戴头盔、长檐太阳帽、眼镜等窜至建行交通路储蓄所附近。张玉萍随后赶到，将其所带的铁锤交给张世镜，然后在现场附近负责租车接应。7 时 53 分，张书海、张宏超、张世镜闯入储蓄所内。张书海、张宏超分别持五连发猎枪和单管猎枪威胁保安冯卫星、营业员贾若冰、陈秋霞，张世镜用铁锤将柜台玻璃砸裂。贾若冰无奈将款包扔出。张世镜抢起款包，套上事先准备的黑色塑料袋，扔下铁锤和张宏超一起逃跑。张书海点燃爆炸装置并扔到储蓄所内南门墙根处，亦逃离现场。张玉萍听到爆炸声后，得知作案完毕，即骑车回家。张书海等人共抢走该储蓄所人民币 5 万余元、印鉴 1 个、白铁盒 1 个、空白现金支票数本。事后，张世镜分得赃款 1 万元，张玉萍分得赃款 5 000元，其余由张书海、张宏超分得。

5.2000 年 11 月初，被告人张书海首先提议，后与被告人张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍多次预谋抢劫广发银行银基营业部，并严密组织分工，多次察看现场，模拟作案路线。期间，张书海购买铁锤 1 把、编织袋 2 只，并由张玉萍将该编织袋予以加固，以备抢劫装钱之用。张书海还自制了 7 枚爆炸装置，准备了五连发猎枪 1 支、单管猎枪 1 支，其他被告人还准备了“马虎帽”4 顶、大黑塑料袋等工具。同年 12 月 9 日 16 时 30 分左右，依照事先分工，张书海、乔红军乘公交车，张宏超、张世镜、张玉萍骑自行车，分别携带上述作案工具窜至广发银行银基营运部南侧三德里胡同附近会合后，由张玉萍在此看守自行车，准备接应。张书海、张宏超、张世镜、乔红军 4 人头戴“马虎帽”蒙面，携带作案工具

于16时49分闯入广发银行银基营业部大厅内。张书海首先在营业大厅防弹玻璃上引爆一枚爆炸装置，将该防弹玻璃炸开一个洞，后又接过乔红军递过来的大铁锤，将该玻璃砸掉在营业柜台内。同时，张世镜、张宏超分别持猎枪威逼保安及在场办理业务的客户，张宏超并向门外开了一枪，驱赶门外人员。后张宏超将五连发猎枪交给张书海，从张世镜手中接过单管猎枪。张世镜、乔红军携带编织袋翻入营业柜台内，抢劫营业款。张书海、张宏超在营业大厅内分别持枪巡视予以掩护。期间，张书海射击致使银基商贸城保卫处副处长常玉杰中弹引起急性失血休克而死亡。张世镜、乔红军2人在柜台内劫取两编织袋现金后，由张书海、张宏超持枪掩护逃离。4被告人逃至三德里胡同，与在此接应的张玉萍会合，用大黑塑料袋将装有赃款的编织袋整体套装后，由张玉萍、张世镜分别骑自行车携带赃款，与其他3被告人分头逃离现场。后张世镜分得赃款40万元，乔红军分得赃款28万元，张玉萍分得赃款18万元，剩余100余万元由张书海、张宏超分得。案发后，广发银行郑州分行银基支行经查，该行被抢走现金208万余元。

6.1999年3月3日，被告人张书海等人抢劫建行交通路储蓄所后，回到郑州市绿城花园小区家中。被告人王雨看到张书海将所抢劫的绿色银行专用款包用刀划烂后，明知款包系犯罪物证，仍将该款包销毁。

被告人张书海抢劫广发银行银基营业部后，被告人王雨明知张书海交给其的现金是抢劫所得，仍按张书海安排，将其中的28万元分别于2001年4月1日、4月25日、5月9日、5月11日分5笔以其本人名义存入郑州市农行陇西支行、建行郑州市二七路支行等金融机构，对赃款予以窝藏。

2001年6月13日凌晨，被告人张书海被公安机关提取指纹后，感到罪行即将暴露，便将此情告诉了被告人王雨。王雨明知张书海要逃离郑州，仍资助张书海人民币2 000元，帮助张书海逃往原籍。随后，被告人王雨、张玉萍按张书海安排，携带藏于家中的作案工具五连发猎枪1支及张书海存放家中的五六式步枪子弹258发、赃款28.1万元等往原籍转移，途中被公安人员抓获。

7.2001年2月，被告人张世镜将其参与抢劫广发银行银基营业部所分赃款28万元带回叶县老家。被告人张大国在张世镜告知其该款系违法所得后，仍购买罐子帮助张世镜将该款埋入房屋地下。同年4月，张世镜又将2张共计金额6万元的存折交于张大国藏匿。同年6月13日，张大国得知张世镜案发的消息后，将藏匿的28万元现金取出分成4万元和24万元，连同存折装进菜籽袋中，让其女儿张某某（现年12岁）带出家门。先存放于邻居张国良处，后又转移至被告人李进才家。当晚，李进才得知张大国被带往公安机关接受讯问，当其发现菜籽袋内装有现金的大包后，将包取出藏于本村一麦垛内。6月14日晚，李进才又

发现菜籽袋内还装有4万元现金，其又将该4万元藏于另一麦垛内，并取出上次藏匿的24万元，将该款连同存折重新装入菜籽袋后送回张国良家。案发后，公安机关将上述赃款提取。

综上所述，被告人张书海、张玉萍参与抢劫4次，抢劫财物总价值253万余元，其中，4次均系持枪抢劫，2次系抢劫金融机构，1次系入户抢劫，1次系冒充警察抢劫，并致1人死亡；被告人张宏超、张世镜参与抢劫3次，抢劫财物总价值251万余元，其中，3次均系持枪抢劫，2次系抢劫金融机构，1次冒充警察抢劫，并致1人死亡；被告人乔红军参与抢劫1次，抢劫财物价值208万余元，且系持枪抢劫金融机构，并致1人死亡；被告人张小马参与抢劫2次，抢劫财物总价值39万余元，其中，2次均系抢劫金融机构，1次系入户抢劫，1次系冒充警察抢劫。被告人王雨为窝藏张书海给其提供现金2 000元，窝藏、转移赃物56万余元，毁灭证据银行款包1个，非法持有猎枪1支、步枪子弹258发；被告人王志昆非法买卖猎枪1支，并且此枪被张书海等人用于3次抢劫作案，致1人死亡；被告人张云志参与1起抢劫作案的预备；被告人张大国窝藏、转移赃款34万元；被告人李进才窝藏赃物34万元。

郑州市中级人民法院认为，被告人张书海、张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马、张云志以非法占有为目的，采取暴力、胁迫手段，劫取公私财物，其行为严重侵犯了他人的人身权利和财产权利，均已构成抢劫罪。张书海、张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马在共同抢劫犯罪中均起主要作用，系主犯。张书海非法持有军用弹药，其行为又构成非法持有弹药罪，且情节严重，对其所犯数罪，应实行并罚。被告人王雨违反枪支管理规定，非法持有五连发猎枪一支及258发步枪子弹，其行为已构成非法持有枪支、弹药罪，且情节严重；明知张书海是犯罪的人，仍为张书海提供资金，帮助逃匿，其行为已构成窝藏罪，且情节严重；明知张书海交给其的现金是犯罪所得赃款，仍予以窝藏、转移，其行为已构成窝藏、转移赃物罪；明知张书海交给其的银行专用款包系犯罪物证，仍予以销毁，情节严重，其行为又构成帮助毁灭证据罪；对其所犯数罪，应实行并罚。被告人王志昆违反枪支管理规定，私自买卖猎枪，其行为已构成非法买卖枪支罪，且情节严重。被告人张大国明知张世镜给其的现金和存折系犯罪所得的赃物，仍予以窝藏并转移，其行为已构成窝藏、转移赃物罪。被告人李进才明知他人让其保管的现金和存折系犯罪所得的赃物而予以窝藏，其行为已构成窝藏赃物罪。附带民事诉讼原告人要求被告人张书海赔偿经济损失的理由正当，应予支持，但其要求赔偿精神损失及间接损失于法无据。

原审法院根据被告人的犯罪事实、性质、情节和社会的危害程度，依照《中

华人民共和国刑法》第 12 条、第 263 条第（一）、（三）、（四）、（五）、（六）、（七）项、第 128 条第 1 款、第 307 条第 2 款、第 311 条第 1 款、第 312 条、第 57 条第 1 款、第 52 条、第 59 条第 1 款、第 25 条第 1 款、第 26 条第 1、4 款、第 69 条、第 36 条、第 64 条和 1979 年《中华人民共和国刑法》第 112 条、第 150 条第 2 款、第 19 条以及《中华人民共和国民法通则》第 119 条、最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条、《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 1 条之规定，以抢劫罪判处被告人张书海死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，以非法持有弹药罪判处其有期徒刑六年，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以抢劫罪分别判处被告人张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以非法持有枪支、弹药罪判处被告人有期徒刑 5 年，以窝藏罪判处其有期徒刑 4 年，以窝藏、转移赃物罪，判处其有期徒刑 3 年，并处罚金人民币 3 万元，以帮助毁灭证据罪判处其有期徒刑 2 年，决定执行有期徒刑 12 年，并处罚金人民币 3 万元；以非法买卖枪支罪判处被告人王志昆有期徒刑 10 年；以抢劫罪判处被告人张云志有期徒刑 5 年；以窝藏、转移赃物罪判处被告人张大国有期徒刑 2 年，并处罚金人民币 1 万元；以窝藏赃物罪判处被告人李进才有期徒刑 1 年，并处罚金人民币 5 000 元。被告人张书海赔偿附带民事诉讼原告人常明人民币两万元，赔偿附带民事诉讼原告人常书一、朱长芝、王文玲人民币各 1 万元。赃款、赃物予以追缴；犯罪工具予以没收。

被告人张书海上诉及其辩护人称：抢劫李全国一案不适用新刑法有关入户抢劫的规定，应按照 1979 年《刑法》有关抢劫罪的规定予以从轻处罚等。

被告人张宏超在上诉中对一审对其作的判决不持异议，但提出原判对其母王雨定罪不准、量刑不当等。其辩护人辩称：张宏超的主观恶性不深，认罪态度好，请求对其从轻处罚。

被告人张世镜上诉称：是被张书海、张宏超胁迫参与犯罪的，不是主犯；原判量刑明显过重。其辩护人辩称：本案赃款大部分被追缴，张世镜认罪态度好，量刑时应予考虑。

被告人乔红军上诉及其辩护人辩称：乔红军因家庭困难和受张宏超的利诱、胁迫参与犯罪，作案时未带凶器，未实施暴力，在共同犯罪中起次要作用；归案后认罪态度好，系初犯，量刑过重。

被告人张玉萍上诉及其辩护人辩护称：在“12·9”抢劫案中不是主犯，未参与预谋和直接实施抢劫行为，在共同犯罪中起次要作用，是从犯；在四起抢劫

中作用一直是帮助和接应，并不是“参与过程是一个逐步升级的过程”，认罪态度好，有立功表现，量刑过重。

被告人张小马上诉及其辩护人辩称：不是主犯，未造成人身伤亡，认罪态度好，量刑过重。

被告人王雨上诉称：原判认定其犯有非法持有枪支、弹药罪和帮助毁灭证据罪与事实不符，不应认定。

被告人张云志上诉称：一审判决量刑过重。

经审查，郑州市中级人民法院在判决书中列举了认定本案事实的证据，列举的证据已在一审开庭时当庭宣读、出示并质证。在本院二审时，各上诉人及其辩护人均未提出新的证据。本院对一审判决书中所举证据予以确认。原判认定的事实清楚，证据充分。

关于上诉人张书海及其辩护人提出“抢劫李全国一案不适用现行刑法有关入户抢劫的规定”的辩解，经查，根据1998年12月2日最高人民检察院《关于对跨越刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑罚问题的批复》第2条即“对于开始于1997年9月30日以前，连续到1997年10月1日以后的连续犯罪……应当适用修订刑法，一并进行追诉；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，也应当适用修订刑法，一并进行追诉”的规定，张书海参与抢劫李全国一家案虽然发生在1997年9月30日以前，但在1997年10月1日以后又连续实施抢劫多次，对张书海参与的连续犯罪应当适用修订刑法一并进行追诉，原判对此适用法律并无不当。但根据该批复，鉴于张书海该次入户抢劫（李全国家）发生在刑法修订以前，而当时的刑法没有此项规定，在量刑时可以作为从轻处罚的情节。张书海系本案抢劫犯罪的组织、策划、指挥者，且又直接实施了全部抢劫犯罪，在共同犯罪中起主要作用，系主犯，犯罪情节极其严重，社会影响极其恶劣，上述辩解理由不足以对其从轻处罚。

关于上诉人张宏超的辩护人提出“张宏超的主观恶性不深、认罪态度好、请求从轻处罚”的辩解，经查，张宏超持枪抢劫银行及电信营业厅三次，抢劫财物价值251万余元，并致死1人，在共同抢劫犯罪中积极纠集他人、预谋、踩点，行为积极主动，起主要作用，系主犯。张宏超归案后虽认罪态度较好，但其罪行极其严重，造成的社会影响极为恶劣，且属于胆大妄为之徒，故上述辩解理由不足以对其从轻处罚。

关于上诉人张世镜及其辩护人提出“被张书海、张宏超胁迫参与犯罪，不是主犯；赃物大部分被追缴；量刑明显过重”的辩解，经查，张世镜受张宏超纠集属实，但其辩称受张书海、张宏超的胁迫参与犯罪没有事实根据。张世镜先后参

与持枪抢劫银行及电信营业厅 3 次，抢劫财物价值 251 余万元，个人分赃 42.6 万元，并致死 1 人。其积极参与了预谋、踩点，实施抢劫行为积极主动，在共同犯罪中起主要作用，系主犯。虽然张世镜归案后认罪态度较好，且大部分赃款被追缴，但其犯罪情节特别严重，社会影响极其恶劣，故不能从轻处罚。其上述辩解理由不能成立。

关于上诉人乔红军及其辩护人提出“受张宏超的利诱、胁迫参与犯罪，未实施暴力，在共同犯罪中起次要作用，认罪态度较好，系初犯，量刑过重”的辩解，经查，乔红军受张宏超的纠集属实，但其辩解称受胁迫参与犯罪没有事实依据。乔红军参与持枪抢劫银行，抢劫财物价值 208 万余元，并致死一人。其积极参与预谋、踩点，并接受分工，在抢劫过程中积极实施了进入银行柜台内劫取现金的行为，事后分赃 29 万元，在共同犯罪中起主要作用，系主犯。虽然乔红军归案后认罪态度较好，系初犯，但其犯罪情节特别严重，社会影响极为恶劣，故不能从轻处罚。其上述辩解理由不能成立。

关于上诉人张玉萍及其辩护人提出“（张玉萍）在 12·9 抢劫案中不是主犯”等辩解，经查，张玉萍参与了以其兄张书海为首的团伙持枪抢劫广发银行银基营业部的预谋并接受分工，主动准备作案工具，加固了抢劫时装钱用的两只编织袋，在抢劫过程中，按照分工实施了在抢劫现场附近看守自行车及接应、运送赃款的行为。张玉萍虽未直接进入抢劫现场，但所起作用是整个抢劫行为中不可分割的组成部分，且抢劫后分得赃款 18 万元，故其在该次抢劫犯罪中起主要作用，系主犯。张玉萍尽管在其参与的前 3 次共同抢劫犯罪中作用比其他被告人相对较小，但其参与程度所表现出来的作用越来越大。在以张书海为首的抢劫犯罪团伙中，张玉萍不但为该犯罪团伙长期提供食宿地点，亦参与了预谋，准备作案工具，抢劫后又参与分赃、藏匿、窝藏地点，其对整个犯罪团伙的相对稳定性和连续实施抢劫犯罪亦起到了支持作用。故称张玉萍不是主犯的理由不能成立。关于张玉萍及其辩护人提出“（张玉萍）揭发同伙及他人犯罪，有立功表现”的辩解，经查，张玉萍是在 2001 年 6 月 13 日凌晨 4 时 40 分伙同王雨转移张书海抢劫作案使用的枪支、赃款及私藏子弹时被公安人员抓获的。当日张玉萍在接受公安机关讯问时拒不认罪，亦不如实供述“12·9”特大持枪抢劫案是张书海、张宏超、乔红军及其本人所为。当公安人员让其辨认该起抢劫录像图片上的犯罪嫌疑人时，张玉萍亦未确切回答是上述团伙成员。6 月 13 日上午 10 时许，公安机关根据已经掌握的线索，在平顶山市将张书海抓获归案。同日张书海交代了其伙同他人持枪抢劫广发银行银基营业部等 3 起抢劫银行和电信营业厅的基本事实，但未如实供述出抢劫团伙成员张宏超、张世镜、乔红军及张玉萍。公安机关为尽快侦

破此案，打破张书海的心理防线，于6月14日下午让张玉萍与张书海通了“亲情”电话，使二被告人互知对方已被抓捕。之后，张玉萍与张书海在公安机关的政策教育下，几乎在同一时间内交代了“12·9”特大持枪抢劫案的同伙人及其他3起抢劫犯罪。故张玉萍辩解称“揭发同伙有立功表现”的理由不成立。另查，张玉萍供述其曾帮助张书海购买手枪，在此过程中涉及王某某曾持枪交由张玉萍转张书海查验（因枪质太差未成交），经公安机关对犯罪嫌疑人王某某等人进行审查，未发现其他贩卖枪支犯罪问题。就王某某向张书海卖枪一事，由于张玉萍亦有参与，故不属于揭发他人犯罪，不构成立功。

关于上诉人张小马及其辩护人提出“不是主犯、未造成人身伤亡、认罪态度好、量刑过重”的辩解，经查，被告人张小马参与持枪、冒充警察抢劫作案2次，抢劫财物价值39万余元，在抢劫过程中参与预谋、踩点、准备作案工具及接受分工，不仅直接实施了捆绑多名被害人的暴力行为，而且实施了劫财行为，与其他共同犯罪人相互配合，行为积极主动，在共同犯罪中起主要作用，亦系主犯。虽然张小马归案后能如实交代罪行，认罪态度较好，但其罪行极其严重，不能从轻处罚。上述辩解理由不予采纳。

关于上诉人王雨提出“原判认定其犯有非法持有枪支、弹药罪与事实不符，不应认定”的辩解，经查，被告人王雨归案后对该两项罪名的事实经过均有供述在卷，与被告人张书海、张玉萍供述情况、细节一致，能相互印证，且有王雨伙同张玉萍在转移枪支、子弹及赃款等物时当场被公安人员扣押的物证在案佐证，事实清楚，证据充分，故其辩解理由不能成立。

关于上诉人张云志提出“一审判决量刑过重”的辩解，经查，被告人张云志先后两次从原籍来到郑州，伙同张书海、张小马多次携带刀子、尼龙绳等作案工具窜到被害人家附近伺机抢劫作案，均因被害人家里人多等原因而未着手实施抢劫，虽然其最终未参加1996年11月27日的抢劫作案，但亦未有证据证明其已放弃抢劫犯罪的意图，故其犯罪形态属犯罪预备而不是犯罪中止。原审法院依法对其作出了减轻处罚的判决，并无不当。故其辩解理由不能成立。

本院认为，被告人张书海、张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马以非法占有为目的，采取暴力、胁迫手段，结伙持枪劫取公私财物，其行为均已构成抢劫罪。上述6被告人均属持枪抢劫金融机构及电信收费部门，抢劫数额特别巨大；其中张书海、张宏超、张世镜、张玉萍又系多次参与抢劫；张小马系直接冒充警察参与抢劫；张书海在“12·9”特大抢劫银行案中直接开枪射击致死1人。6被告人的罪行均达到了极其严重的程度，又均系本案主犯，依法均应严惩。张书海还犯有非法持有弹药罪，应与其所犯抢劫罪实行并罚。根据被告人王雨、王

志昆、张云志、张大国、李进才所犯各罪的事实、情节等，也应依法予以惩处。原审判决定罪准确，量刑适当，审判程序合法。被告人张书海、张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马、王雨、张云志的上诉理由及各自的辩护人的辩护意见均不予采纳。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第（一）项之规定，裁定如下：

驳回张书海、张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马、王雨、张云志等8名被告人的上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

根据《最高人民法院关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知》的规定，本裁定并为核准以抢劫罪分别判处被告人张书海、张宏超、张世镜、乔红军、张玉萍、张小马死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事裁定。

审判长：×××

审判员：×××

代理审判员：×××

2001年5月9日

（院印）

书记员：×××

柴国利等特大抢劫杀人案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、不同形态自首的时间界限
六、共同犯罪中立功的认定
七、结语
附录一：云南省昆明市中级人民法院刑事判决书
附录二：云南省高级人民法院刑事裁定书

一、选案理由

在云南，人们对杨天勇特大抢劫杀人犯罪集团令人发指的犯罪行为至今记忆犹新，柴国利就是该犯罪集团的主要成员之一。在全国范围内，人们对柴国利抢劫杀人案也许不是很熟悉，但对轰动一时的杜培武冤案应当不陌生。杜培武冤案之所以能够昭雪，主要原因就是柴国利到案后，不仅供述了自己参与的5起犯罪，而且供述了其没有参与的其他7起犯罪，司法机关由此破获了杨天勇等特大抢劫杀人犯罪集团。而杨天勇正是杀害被司法机关认定为杜培武所杀的王俊波、王晓湘两位受害人的真凶。这一充满戏剧色彩的情节足以在当代中国刑法史上留下一笔。从法理上看，本案中柴国利的行为集中反映了自首制度中的时间界限问题和共同犯罪中立功的认定问题，这些问题均为刑法理论上的重点和难点问题。因此，该案入选本书。

二、基本案情

被告人柴国利，绰号二利，男，汉族，1974年7月3日出生，出生于黑龙江省佳木斯市，初中文化，无职业，住佳木斯市前进区八十四委1组84号。2000年6月被刑事拘留，同年7月21日被逮捕。

1997年4月，被告人杨天勇、肖林共同预谋策划以暴力犯罪为手段敛取钱财。随后，二人先后纠集杨明才、肖力、柴国利、滕典东、左曙光等五人，组成一个组织严密、成员固定、分工明确的犯罪集团，并为实施犯罪准备了枪支、弹药、军警服装、警用械具、匕首等作案工具。至2000年5月31日止，该犯罪集团先后在昆明市及云南省禄丰县等地，实施抢劫、杀人、抢劫枪支弹药、盗窃等犯罪活动，作案25起，共抢劫机动车9辆，枪支2支及弹药，杀死19人，杀伤1人，盗窃机动车辆12辆。其中，被告人柴国利的主要涉案情况如下：

（1）1997年4月16日，被告人杨天勇、肖林为首，纠合滕典东、柴国利，乘杨天勇提供的汽车，在昆明市西山区春苑小区，强行进入停于路旁的吉普车，被告人肖林持手榴弹猛击驾驶员杨卫东头部，柴国利持匕首刺击杨卫东身体。而后，由肖林驾驶该车离开现场，途中被告人肖林、柴国利分别持匕首刺杀杨卫东致杨死亡后，将该车和杨的尸体丢弃于五华体育馆停车场内，劫走放于车内的装有现金2万余元及其他物品的旅行包1个。

（2）1997年7月10日，经被告人杨天勇、肖林事先策划，由肖林纠集被告人肖力、柴国利，伪装成现役军人，肖力驾车，由肖林以请求协助工作为由，将禄丰县农具厂保卫干部周国祥诱骗上车，肖林、柴国利持匕首将周刺死，抢走周携带的"五四"式手枪1支，子弹13发。

（3）1997年9月21日，被告人肖林为首，纠集柴国利、滕典东、左曙光、肖力，肖林持枪，冒充缉私警察，拦下被害人刀国兴驾驶的三菱吉普车，柴国利用手铐拷住刀国兴，将其带离现场，途中，杨天勇、杨明才、柴国利共同将刀扼压刀国兴致死。其吉普车由肖林、柴国利销赃贩卖。

（4）2000年4月23日，被告人杨天勇指使滕典东、柴国利、杨明才冒充警察设卡，堵停被害人王春所驾驶的三菱吉普车，滕典东、柴国利、杨明才共同将王春所勒死。所劫赃物中，手机由柴国利占有。

（5）1997年6月23日，被告人肖林、柴国利、肖力在昆明四十三医院停车场内，盗得北京吉普车1辆。

本案的发案经过为：2000年6月14日，公安人员是以柴国利携带可疑物品V998手机而决定对其留置盘问。6月17日，公安人员经过连续几天的盘问和耐

心细致的思想教育工作，使得柴国利终于在盘问期间主动交待、供述了自己尚未被司法机关掌握的犯罪事实和全部同案犯。

三、裁判要旨

被告人柴国利系在销售抢劫、杀人后所获赃物的过程中，被公安机关侦控抓获，并未主动交待犯罪事实，经公安机关出示了已获取的被害人生前所用物品等部分犯罪证据后，才供述本人所犯罪行和同案其他被告人的罪行，不属于刑法规定的主动投案或者如实供述司法机关还未掌握的罪行的情形，因而不能以自首论。揭发他人犯罪行为虽属“有重大立功表现”，但若与其参与抢劫、杀人、抢劫枪支弹药犯罪，直接杀害及协助其他被告人杀害无辜公民等严重犯罪行为相比较，其功不足以抵罪，则仍然可以不予从轻处罚。《刑法》第 68 条对“有重大立功表现”的情形，规定为“可以减轻或免除处罚”，而并非有此情形就应当减轻或免除处罚。

根据最高人民法院有关司法解释，我国《刑法》第 68 条所规定的“重大立功”是犯罪分子有检举、揭发他人重大犯罪行为，查证属实的。案发后虽然揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但不能等同于揭发同案外“他人”的重大犯罪行为，故“重大立功”不能成立。

四、引发的理论问题

综合审、辩双方的意见，可以看出，对被告人柴国利量刑问题的争议主要集中于两个问题：

1. 柴国利的行为是否成立自首？

如果成立自首，属于何种形式？关于本案被告人柴国利是否成立自首问题，辩方和审方意见如下：

（1）辩护人认为，公安人员是以柴国利携带可疑物品 V998 手机而决定对其留置盘问的，并非是以刑事诉讼法规定的侦查强制措施抓捕被告人的。它表明司法机关并未掌握 4・23 人车失踪案中有关犯罪事实和犯罪嫌疑人的存在，公安机关将该案立为“失踪案”，并不能肯定有犯罪行为的发生，亦即柴国利等人杀害王春所的罪行尚未被司法机关所发觉，柴仅仅因形迹可疑被公安机关盘问。

（2）一审法院认为，被告人柴国利系在销售抢劫、杀人后所获赃物的过程中，被公安机关侦控抓获，并未主动交待犯罪事实，经公安机关出示了已获取的部分犯罪证据后，才供述了本人所犯罪行和同案其他被告人的罪行，不属于刑法规定的主动投案或者如实供述司法机关还未掌握的罪行的情形。

（3）二审法院认为，柴国利在销售该犯罪集团抢劫杀害被害人王春所后所获赃物手机的过程中，被公安机关侦控抓获，审查中百般狡辩，拒不交待其犯罪事

实。三天后，在公安机关出示对其住处进行搜查所获且经王春所亲属辨认确认的王春所生前使用的与该手机配套的车载手机充电器及耳机等部分犯罪证据后，才供述了本人所犯和同案其他被告人的罪行。其行为不属于我国刑法规定的投案或者如实供述司法机关还未掌握的本人罪行的情形，不能以自首论。

2. 柴国利的行为是否适用立功？

如果适用，是属于一般立功还是重大立功？被告人柴国利到案后的供述行为，是否成立立功，成立何种形式的立功，各方意见不一。辩护人认为柴国利具有重大立功表现；一审法院也认为柴国利具有重大立功表现，但由于其功不足以抵罪，故不考虑对其减轻或者免除处罚；二审法院则认为一审判决认定柴国利有重大立功表现不当，其理由是“柴国利案发后虽然揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但尚不能等同于揭发同案外‘他人’的重大犯罪行为，故对柴国利在本案中的‘立功’表现应予认定，但其‘重大立功’不能成立。”即是说，二审法院认为柴国利虽然揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但不属于揭发同案外‘他人’的重大犯罪行为，故对柴国利虽然认定为有立功表现，但是不认定其成立重大立功。

由此引发了两个理论问题：

（1）自首的时间界限如何界定？即行为人在司法机关侦控的何种阶段，主动、如实供述自己罪行的行为才能成立自首？

（2）如何判断犯罪嫌疑人是否立功？如何判断一般立功和重大立功？

本文拟从这两个焦点问题出发，通过对审辩意见的分析和引申，实现对自首制度与立功制度中的相关问题较为深入的分析。

五、不同形态自首的时间界限

我国1997年《刑法》第67条规定了一般自首和余罪自首两种自首制度。近年来，理论界逐渐倾向于将《刑法》第164条第3款、第390条第2款、第392条第2款所规定的行为，视为不能被一般自首和余罪自首所包容的一种独立的自首制度，一般称为特别自首。从刑法的规定及最高人民法院于1998年4月6日通过的《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）看，三种不同的自首制度对应有三种不同的时间段，并且有不同的表述，一般自首中，表述为“未被司法机关发觉”，余罪自首中，表述为“司法机关还未掌握的其他罪行”，特别自首则表述为“被追诉前”。本案中辩审双方正是在被告人柴国利的罪行是否已被司法机关发觉，柴国利的供述行为是否符合自首的时间界限上，发生了分歧。下文以此为着眼点，研讨三种自首形态的时间界限，并由此分析被告人柴国利是否成立自首。

（一）一般自首中的“未被发觉”

我国刑法第67条第1款规定：“犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的，是自首。”这在刑法理论上通常称为一般自首，以此区别于其他形式的自首。这种形式的自首也是最典型的自首形式。

《解释》对刑法关于一般自首的规定进行了详细的解释。《解释》第1条第1项规定，“自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。”《解释》的这一规定，为一般自首限定了两个时间点：①未被司法机关发觉；②虽被发觉，但尚未受到讯问、未被采取强制措施。如何理解这两个时间点，对认定是否成立一般自首至关重要。

1. 如何理解“未被司法机关发觉”

对“未被发觉”的含义，不同国家或地区有不同的观点。日本刑法理论认为，所谓“未被官方发觉之前”是指犯罪事实完全被搜查机关发觉之前，以及虽已发觉犯罪事实，而犯罪人是谁还未被发觉的时候，或只要搜查机关未发觉之前，虽然让被害人、目击者等其他人发觉，还是可以认定为自首。“官方”是指搜查犯罪机关的检察官或司法警察而言。[①]

我国台湾地区“刑法”第62条规定，“对于未发觉之罪自首而受裁判者，减轻其刑。但有特别规定者，依其规定。”依该规定，行为人成立自首的时间，须于犯罪未被发觉之前。所谓犯罪未被发觉，是指行为人实施犯罪行为之后，其犯罪事实与系何人所为，尚未被有侦查权之机关或其公务人员发觉。即使犯罪事实已被发觉，而犯罪行为人未被发觉（即未破案）亦为犯罪未发觉。即使被害人或其他私人已知其人其事，但只要有侦查权之机关未发觉，仍可以自首。行为人如果在客观环境的逼迫之下不得已而投案，不是自首。例如，某甲行凶后，在群众追捕下逃入有侦查职权之机关，甲要求自首，欠缺主动性，而且甲逃入之际即应认为是被发觉之时，故不能成立自首。[②] 另外，自首以达于有侦查权之机关始发生法律效力。如果向无侦查权之机关自首，一般以移至有侦查权机关之时该机关仍尚未发觉犯罪方能成立。向被害人或告诉权人自首后，经其提出告诉或自诉并因而受到裁判，亦可成立刑法上之自首。但单纯地向被害人自首而未达于有侦查权之机关则是无效的。[③] 台湾刑法学家韩忠谟认为，“所谓未发觉，指犯罪事实

① 参见〔日〕木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周等译，上海翻译出版公司1991年版，第436—437页。

② 参见高仰止：《刑法总则之理论于实用》，台北五南图书出版公司1986年版，第500页。

③ 参见刘清景、施茂林主编：《台湾新编法律问题研究（结论）全集》，台北大伟书局1990年版，第131页。

尚未为有侦查犯罪权之公务员所发觉，或虽已发觉，而犯人为谁，尚不明了而言，因此，有应注意者如下：①公务员以外之人，虽知有犯罪事实，并知犯罪者为何人，而公务员尚不知者，仍不得谓为已发觉。②自首只须所首之罪尚未发觉，故一罪先发，而别首余罪，苟该余罪合于未发觉之条件，自亦成立自首。③仅须有犯罪嫌疑，即系犯罪已发觉，不必确知其人犯罪无误。④只须该公务员中有知犯罪真相者，即为已发觉，不必一切有权之公务员，皆须知之。”[①]可见，我国台湾地区刑法理论中的发觉，专指有侦查犯罪职权或权限的人，已知悉犯罪事实，并且已知悉犯人为何人。犯罪的发觉与否，以有侦查犯罪权的机关或公务员是否知悉为判断标准。犯罪的未发觉，既包括犯罪事实未发觉，也包括犯罪事实虽已发觉而犯罪人为何人尚未发觉。犯罪的发觉，以检察官、司法警察官或其他有侦查犯罪职权的机关或公务员知悉犯罪事实及犯罪人为限，且以其中一人或少数人知之者已为足。

与台湾地区对“未发觉之罪”的严格限制相比，我国大陆地区刑法对一般自首的规定较为宽松，使得自首成立的范围远大于台湾地区刑法中的规定。依《解释》第 1 条第 1 项的规定，“自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以信电投案的；罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交待自己的罪行的；犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。”由此可见，我国大陆地区刑法中的以“未被司法机关发觉”为基点，认定成立自首的情形包括以下几种：①犯罪事实和犯罪人均未被司法机关发觉；②犯罪事实已被发觉，但尚未查清犯罪人；③罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交待自己的罪行的；④犯罪事实和犯罪嫌疑人均已被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，自动投案；⑤犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；⑥经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。

对与第④、⑤、⑥种情形类似的情形，台湾地区刑法理论一般认为，犯罪后即往侦查机关报告犯罪，但行至途中，侦查机关已从电话、无线电或收音机收听

---

① 参见韩忠谟：《刑法原理》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 301—302 页。

犯罪之详情者，则难谓为犯罪未发觉。向非侦查机关告知犯罪请求转送，于未转送以前，遇有人向侦查机关检举者，也难认为尚未发觉。台湾判例也持这种见解。① 因此，台湾刑法自首成立的时间是较为严格的，这固然便于司法实践的认定与适用，但不利于鼓励犯罪人在犯罪后自动接受追诉，尤其在一些偶然因素导致司法机关知悉犯罪时间有细微差别时，因非可归责于犯罪人的因素而认定犯罪人自首不能成立欠缺公平，从这一点来说，大陆地区刑法的规定较为可取。

与犯罪是否被发觉相联系，有一个问题值得注意，即对现行犯或准现行犯能否适用自首的问题。台湾地区刑法理论中，现行犯指犯罪在实施中或实施后即被发觉的情形，准现行犯指被追呼为犯罪人者和显有可疑为犯罪人者。台湾地区刑法学者高仰止认为，“倘其自首在侦查机关或人员发觉犯罪以前而合于自首之要件，即不能以其为现行犯或准现行犯之故，而排斥自首之适用。”② 台湾地区有个认定为自首的案例：某地发生车祸致人死伤后，有路人向管区警察派出所报案，该派出所警员赶到现场时尚不知肇事司机为何人，乃当场大声喊叫：“司机是谁?”该肇事司机立即回答：“是我”，并将驾驶执照交付警察处理，接受裁判。③ 可见，在台湾地区，犯罪以后，虽然被害人与在场群众已发觉犯罪，但在有关公务人员发觉之前，可以成立自首。但是，值得注意的是，所谓有关公务人员发觉犯罪事实与犯罪人，只须知道发生了何种犯罪，主观上察觉某人为犯罪嫌疑人即可，不必客观上确认某人为犯罪人。即是说，如果有关公务人员赶赴现场时已发现有被追呼为罪犯的人，或明显犯罪嫌疑的人，此时罪犯即使抢先一步，首先申明是他干的，亦不成立自首。对此，台湾学者郑健才举例说，“警察遥见某甲开枪杀人，即快步赶上，此时某甲虽意欲自首，而向警察高呼‘我已杀人’，仍非对于未发觉之罪为自首。”④

对于现行犯或准现行犯是否成立自首的问题，大陆学者通常根据其是否符合一般自首的条件，主要是自动性和主动性两个方面，根据具体情况作出不同的判断。如“被群众、公安人员、武装人员尾随、包围、堵截，走投无路，当场投案的”，“不是自动投案”。⑤ 这是因为，在搜捕现场，犯罪人是在迫不得已的情况

① 参见赵秉志主编：《海峡两岸刑法总论比较研究》（下），中国人民大学出版社 1999 年版，第 746 页。

② 参见高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台北五南图书出版公司 1986 年版，第 500 页。

③ 参见刘清景、施茂林主编：《台湾新编法律问题研究（结论）全集》，台北大伟书局 1990 年版，第 134 页。

④ 参见郑健才：《刑法总则》，台北三民书局 1985 年版，第 341 页。

⑤ 参见林准主编：《中国刑法教程》，人民法院出版社 1989 年版，第 202 页。

下投案的，不具有自首的主动性，故不成立自首。如果犯罪嫌疑人刚刚实施犯罪尚未离开现场，即被巡逻的警察进行一般性的盘问，此时犯罪嫌疑人如实交待犯罪事实，则成立自首。因为在犯罪现场，仅受一般性的盘问，表明犯罪事实尚未被发觉，行为人仅仅被怀疑实施了犯罪，这一情形符合《解释》所规定的“仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交待自己的罪行”的情形，应认定成立自首。

在上文所列举的自首情形中，第③种、第④种情形的自首，在理论上存在诸多争议，实践中的认定也较为混乱。本案中，被告人柴国利的辩护人，以柴国利仅仅因形迹可疑被公安机关盘问，司法机关尚未对其采取强制措施为理由，认为柴成立自首，而一审和二审法院对此辩护意见均予以否定。可以说，柴国利是否成立自首的问题集中反映了第③种与第④种情形自首中的矛盾和争点，下文予以详细分析。

2. “形迹可疑型”自首解析

《解释》规定，“罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交待自己的罪行的；……应当视为自动投案。”为了论述方便，不妨将此种情形的一般自首称为“形迹可疑型”自首。

(1) “形迹可疑型”自首的渊源。“形迹可疑型”自首肇始于最高人民检察院、最高人民法院、公安部于 1984 年 4 月 16 日联合发布的《关于当前处理自首的有关问题具体应用法律的解答》(以下简称为《解答》)，《解答》中规定：“犯罪分子的罪行，尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织查询、教育后，自动投案的；……应视为自动投案（着重号为引者所加)”。这一规定是关于“形迹可疑型”自首的最初的规定。

比较《解答》与《解释》的规定，主要有四个变化：①与 1997 年修订的《刑事诉讼法》相适应，将“犯罪分子”改称为“犯罪嫌疑人”；②将发现犯罪嫌疑人形迹可疑的主体扩大，在“有关组织”的基础上增加了“司法机关”；③将原规定中不严格的用语“查询”修改为“盘问”，与《人民警察法》等相关法律的用语相衔接；④原规定在前文已出现“自动投案”的表述后，又出现“应当视为自动投案”的表述（见前文所加着重号部分)，是没有意义的循环论证，《解释》中修改了这一不规范的表述，将前一“自动投案”修改为“主动交待自己的罪行”，从而使概念的表述较前者更为清晰、科学。

《解释》的规定吸收了自首制度理论研究成果以及司法实践中的有益经验，体现了我国法制的进步和刑事立法技术的提高。但是，这一规定仍存在概念模糊问题，造成了理论及实践中的诸多争议。

（2）“形迹可疑”的判定。“形迹可疑型”自首，一方面要求犯罪嫌疑人的罪行尚未被司法机关掌握，另一方面犯罪嫌疑人仅因形迹可疑被有关组织或司法机关盘问。“形迹可疑”是犯罪嫌疑人偶然归案的原因，那么认定“形迹可疑”有没有一个明确统一的标准呢？

《现代汉语词典》将“形迹”解释为“举动和神色”，[①] “形迹可疑”即为举动和神色可疑之义。《辞海》将其解释为“举止行动上流露的迹象”可疑。[②] 这两个解释虽然字面不同，但都包含了两方面的内容：①姿态、神态或仪容可疑；②行为或行动可疑。对于神色可疑容易理解，如面色慌张等，但对行为或行动可疑的理解，由于司法实践中所遇情况的复杂多样，很难进行归类概括，或者寻找一个明确统一的判断标准，理论与实践中观点不一。

观点一：所谓“仅因形迹可疑被有关组织查询”，是指公安机关、人民检察院、保安部门和其他有关组织仅凭工作经验或蛛丝马迹，在没有掌握任何犯罪事实和犯罪证据的情况下，怀疑某人可能犯有某种罪行，而对其进行盘查或讯问。例如，某人在商场内东张西望或神色紧张，保安部门凭经验认为其有盗窃的可能，经询问，其供述了自己的盗窃行为，这就属于仅因形迹可疑被有关组织查询的情况。但是如果携带的赃物被保安部门发现，经过查实是商场丢失的财物，掌握了犯罪的证据后，其才如实供述犯罪事实，就不能视为自首。[③]

观点二：罪行未被发觉是指司法机关尚不知发生了该起犯罪，或者知道有该起犯罪发生但没有发觉被盘查人可能就是实施者，之所以盘查该人“仅仅因为此人形迹可疑”，即可能有某种违法犯罪行为，具体犯没犯罪，可能犯有什么罪行，司法机关并没有发觉，在这种一般性盘问的情况下，可疑人主动交待出司法机关意料之外的罪行，才可视为主动投案，属于自首。这种情形通常发生在公共场所的治安巡逻时。[④]

观点三：从实践的角度来讲，有关组织单纯凭直觉或经验查询犯罪嫌疑人的情况是比较少见的。大量的情况是有关组织根据已经查获的犯罪线索，带有一定倾向性地盘查某人。这时只要有关组织还没有掌握犯罪的基本事实，犯罪嫌疑人能如实交待自己的罪行的，也应视为自首。

以上观点均有可取之处，也均有不足。分析立法者设立自首制度的本意，一是实现司法的经济性，二是鼓励犯罪嫌疑人认罪悔过。第一种观点强调犯罪嫌疑

---

① 参见《现代汉语词典》，商务印书馆 1992 年版，第 1289 页。

② 参见《辞海》，上海辞书出版社 1999 年版，第 2192 页。

③ 参见乔军：《自首制度的适用》，载《人民司法》1998 年第 2 期。

④ 参见杨敦先等主编：《新刑法施行疑难问题研究与适用》，中国检察出版社 1999 年版，第 285 页。

人必须在有关组织没有掌握任何犯罪事实和证据的时候主动交待罪行，充分关注了司法的经济性，实践中也便于认定。但是，这一观点对犯罪嫌疑人悔过的主动性相对考虑不足。因为实践中，有关组织单纯凭借直觉或工作经验便发现犯罪嫌疑人并予以查询的案件毕竟是少量的。多数时候，犯罪总是发生在相对隐蔽的时空条件下。往往犯罪事实发生以后，有关组织经过对犯罪现场的勘查和对周围群众的调查走访，能够或多或少地获取有关犯罪的一些线索（即直接或间接的犯罪证据）。如果强调有关组织不知任何犯罪事实或证据，那就势必将大多数罪案中的犯罪嫌疑人排除在“视为自动投案”的范围之外。而“自首”作为一项基本的刑罚制度，应当对大多数犯罪嫌疑人具有广泛的策动力，故此种观点对犯罪嫌疑人有要求过严之弊。第二种观点看似易于操作，即一般性的盘问下，行为人交待罪行的，可以成立自首。但该观点实则回避了司法机关对犯罪事实掌握到何种程度时，才是“仅因形迹可疑”对行为人进行盘问。即是说，这一观点回避了在司法机关已掌握一定线索的情况下，行为人的如实交待罪行是否成立自首的问题。第三种观点主张有关组织虽然掌握了一定的犯罪线索，但只要没有掌握犯罪的基本事实，犯罪嫌疑人在被查询中如实交待罪行的，仍可视为自动投案。这一主张确实弥补了第一种观点和第二种观点的不足。但其缺少对有关组织掌握的一定线索（或证据）进行必要的分析。如果完全撇开证据因素，单论有关组织是否掌握了犯罪的基本事实，借此界定“视为自动投案”的认定范围，将会导致对自首的认定失之过宽。在有些情况下，有关组织虽然没有掌握具体犯罪的基本事实情况，但已获取的线索或证据足以断定某人实施了某种犯罪，或者有关组织能够断定眼前的被查询者就是被群众或被害人举报的犯罪嫌疑人。这时若只考虑有关组织没有掌握犯罪的基本事实一方面的情况，将这种已经难于抵赖的犯罪嫌疑人的主动交待行为也视为自动投案，那就难免会产生宽纵罪犯的结果。

笔者认为，由于司法实践中情况的复杂性，对何为“形迹可疑”，提出一个明确统一的标准是不现实的，应当具体情况具体分析，综合认定。具体来说，可以从以下几个方面进行判断：

第一，司法机关已掌握线索的最低量的要求。司法机关已掌握线索的最低量的要求，即是说，在司法已发觉犯罪嫌疑人部分犯罪事实，掌握了一定线索的情况下，这部分犯罪事实或线索，在何种程度以下，才可以认为犯罪尚未被司法机关发觉？因为一定量的犯罪事实被司法机关掌握后，司法机关的侦查行为已不再是“仅因犯罪嫌疑人形迹可疑”而进行侦查，此种情况下，犯罪嫌疑人的供述是被动的，缺乏主动性。

我国《刑事诉讼法》第 86 条规定：“人民法院、人民检察院、或者公安机关

对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。”根据这一规定，立案必须同时具备两个条件：①有犯罪事实；②需要追究刑事责任。有犯罪事实是立案的首要条件。有犯罪事实即要有一定的证据材料证明犯罪事实确已发生。在立案阶段不必要也不可能掌握证实犯罪事实和犯罪嫌疑人的全部证据，只要掌握了足以证明犯罪事实已经发生的一定的证据材料就可以了。至于整个犯罪的过程、犯罪的具体情节、犯罪人是谁等，并不要求在立案时就全部查清。这些问题应当通过立案后的侦查或审理活动来解决。①

确定司法机关已掌握线索的最低量可以参照该罪行的最低立案标准，也就是说，如果司法机关掌握犯罪嫌疑人的部分犯罪事实已符合立案最低要求的，就可以认为罪行已被司法机关发觉，犯罪嫌疑人此时被盘问而主动供述犯罪事实的，不能认定其系“形迹可疑型”自首，反之，则可以认定其为自首。比如，公安机关只掌握了王某盗窃 200 元的违法行为的事实，在一次巡查中，发现其形迹可疑，对其进行盘问，王某即主动交待了包括 200 元犯罪事实在内的四次作案盗窃 15 000 元的犯罪事实，由于已掌握或发觉的盗窃 200 元的事实尚未达到立案标准，故应认为司法机关尚未发觉其罪行，认定王某成立自首。

柴国利等特大抢劫、杀人案中，一审法院认定的事实是“被告人柴国利系在销售抢劫、杀人后所获赃物的过程中，被公安机关侦控抓获……经公安机关出示了已获取的部分犯罪证据后，才供述了本人所犯罪行和同案其他被告人的罪行”。二审法院认定的事实是“柴国利在销售该犯罪集团抢劫杀害被害人王春所后所获手机的过程中，被公安机关侦控抓获……3 天后，在公安机关出示对其住处进行搜查所获且经王春所亲属辨认确认的王春所生前使用的与该手机配套的车载手机充电器及耳机等部分犯罪证据后，才供述了本人所犯和同案其他被告人的罪行。”辩护人在辩护词中也认为：“公安人员是以柴国利携带可疑物品 V998 手机而决定对其留置盘问的”。② 由于被害人的手机是重要的物证，柴国利携带该手机，已经足以证明其有重大犯罪嫌疑，达到了立案标准。公安机关对这一线索的掌握，证明其已经发觉了犯罪。此种情况下，公安机关对柴国利进行盘问，不应认定为行为人“仅因形迹可疑被盘问”，不能成立“形迹可疑型”自首。

① 参见程荣斌主编：《刑事诉讼法》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 269 页。

② 柴国利抢劫、杀人、抢劫枪支、盗窃案一审辩护词，第 2 页。

第二，犯罪嫌疑人的供述是否具有主动性，这是认定“形迹可疑型”自首的关键。“形迹可疑型”自首的犯罪嫌疑人的归案客观上是偶然的，并有一定的被动性，只是具备了法律规定的一些条件之后才将其视为自动投案。所以此种情形下自首的认定应联系其供述是否具有主动性。例如，公安机关在对摩托车进行例行检查时，发现某甲所骑摩托车车驾号已被磨去且无牌照，要求其到派出所说清来源时，某甲企图逃走，后被抓获，在盘问时供述了盗窃摩托车的犯罪事实。在这种情况下，某甲供述的被动性多于主动性，因此不应认定为自首。

柴国利等抢劫、杀人案中，依照二审裁定书所认定的事实，被告人柴国利在“审查中百般狡辩，拒不交待其犯罪事实”，“三天后，在公安机关出示对其住处进行搜查所获且经王春所亲属辨认确认的王春所生前使用的与该手机配套的车载手机充电器及耳机等部分犯罪证据后，才供述了本人所犯和同案其他被告人的罪行”，依此可知，柴国利对其犯罪事实的交待，不具有主动性，不符合自首的要求。从这一点判断，也可以认定柴国利的供述行为不属于自首。

(3)“盘问”的含义分析。《解释》规定，“罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交待自己的罪行的……应当视为自动投案。”如何理解“盘问”的含义，盘问是否包括“继续盘问”？实践中犯罪嫌疑人的初次供述都是记录在继续盘问笔录中的，对此能否认为“继续盘问”也属于该规定中的盘问？

被告人柴国利的辩护人认为，“公安机关对柴国利采取的是限制人身强度最低的留置盘问。直至同月 20 日全部被告到案后，公安机关对柴国利采取的措施仍然是留置盘问并非刑诉法中的强制措施。”① 综合案情分析，辩护人所说的“留置盘问”，似应指“继续盘问”，留置盘问是对盘问形式的形象描述。“盘问”和“继续盘问”是两个法律概念，《人民警察法》第 9 条规定，“为维护社会治安秩序，公安机关的人民警察对有违法犯罪嫌疑的人员，经出示相应证件，可以当场盘问、检查；经盘问、检查，有下列情形之一的，可以将其带至公安机关，经该公安机关批准，对其继续盘问”。从这条规定可以看出，到公安机关做的笔录都是“继续盘问笔录”，与盘问的性质是一样的。认定“形迹可疑型”自首的成立与否不在于盘问的形式，而在于判定行为人的罪行是否已被司法机关发觉，行为人的供述是否具有主动性。本案中，虽然“检察机关不依法履行职责出示柴国利的第一次盘问笔录”②，但是从审判机关认定的事实看，司法机关在对其继续

---

① 柴国利抢劫、杀人、抢劫枪支、盗窃案一审辩护词，第 3 页。

② 同上注。

盘问时，已经发觉了犯罪事实的存在，而且柴国利的供述行为不具有主动性，故不应认定其成立自首，上文对此已经进行了详细分析。

（4）携带赃物或作案工具而受到公安机关盘问，是否成立“形迹可疑型”自首。携带赃物或作案工具而受到公安机关盘问，这种情况的“形迹可疑”在司法机关的具体认定上较为混乱，存在多种观点。

观点一：不应认定为自首。刑法学家姜伟认为，“实践办案中针对某个具体的犯罪嫌疑人有其犯罪的具体线索，这个不叫形迹可疑。”“公安人员根据工作经验对某个人进行盘查，刚好我们要对你盘查的时候，你身上有赃物或者凶器，或者装了偷来的钱，或者有毒品，这个叫不叫自首？也不宜认定为自首。虽然在盘查时，仅因行为人形迹可疑，但随即发现行为人身上有犯罪工具或赃物，这时已有证明其犯罪的证据。公安人员在掌握一定证据后讯问，嫌疑人供认犯罪的，仍是坦白，可以在量刑上予以考虑。我们在没有线索的情况下盘查一个人，其身上没有赃物经过询问交待了犯罪，这属于自首。”①

观点二：应当认定为自首。刑法学家郎胜认为，“我觉得可能还是要坚持自首的标准，鼓励人们自首。既然放宽自首的条件，就不能以公安机关必然会破这个案子作为自首的额外条件。”“车上拉着一个彩电，和你身份不符，穿得破破烂烂，公安机关看到了，一盘问你慌慌张张，那就能说是公安机关当时就已经掌握了你盗窃的线索了吗？即便是这种情况，公安机关还是没有掌握，在当时公安机关对你可能犯罪没有任何怀疑，即便是有怀疑也是没有掌握证据的怀疑，这个时候还是当作自首可能更妥当一点。”②

实践中对该种情况一般持第一种观点。“这个区分很容易，只要是身上有赃物，就不能认定是形迹可疑。”“这个人形迹可疑，而且身上有构成犯罪的证据，我们实践中就是按此区分‘形迹可疑’，经盘查后如何认定是否自首的，是按照这个标准做的。”③

笔者认为，依前文对如何判断形迹可疑的分析，此种情况，仍应以司法机关掌握的情况是否达到立案的最低要求来判定。所以，行为人身上携带赃物或者作案工具，公安机关对行为人进行盘问时，其主动如实供述罪行，是否可以成立自首，依据具体情况的不同而不同。如果公安机关根据时间、地点、有关报案材料以及其携带物品的性能、特征，足以认定其犯有某种罪行，即已经达到立案的标

① 参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良：《刑法纵横谈》，法律出版社 2003 年版，第 402—403 页。

② 参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良：《刑法纵横谈》，法律出版社 2003 年版，第 402 页。

③ 同上注。

准时，应当视为司法机关已经发觉了犯罪，行为人供述犯罪事实的行为就不能认定为自首。如果行为人身上的可疑点不足以判定行为人存在犯罪事实，即不能达到立案的最低标准时，行为人的主动供述应认定为自首。例如，行为人身上存在极少量的血迹，通过这些血迹不足以判断行为人已经犯了伤害或者杀人罪，这时，公安机关看其神态慌张，形迹可疑，对其进行盘问，行为人即主动供述故意杀人的犯罪事实，应当认定成立自首。

本案中，柴国利因携带赃物被害人王春所的手机，被公安机关盘问。通过柴国利携带被害人手机这一情节，足以认定行为人有重大犯罪嫌疑。因此，本案中，行为人因携带赃物被公安机关盘问，不能认定为“形迹可疑型”自首。

（5）“形迹可疑型”自首的典型案例解析

案例一：罪犯王某在本村稻田地里干活时，因琐事将同村村民苏某杀死后逃离现场，但遗留在现场一双水靴子。公安机关接到报案后在现场提取了水靴子，经村民及王某的父亲辨认，证实系王某在案发日所穿的。因此，公安机关将王某列为犯罪嫌疑人，后在王家的自留地里找到正在干活的王某，当询问杀人是否系其所为时，王如实供述了犯罪事实。对此案，一审判决没有认定其为自首。二审法院在复核时认为王某的行为符合《解释》的规定，故改判认定王某构成自首。①

案例二：1999 年 4 月 30 日夜，被告人王某（男，16 周岁）骑着自行车，携带铁榔头等作案工具，尾随一单身骑自行车的女青年沈某至一偏僻小路，尔后猛然上前用铁榔头敲向沈的后脑，并将沈拦截，欲对沈实施强奸，因沈极力反抗、呼救而未能得逞，后即骑自行车逃跑。被害人沈某回家后告诉了父亲，后由其父用手机向派出所报案，并向警方描述了作案人的体貌特征，还提供了作案人骑自行车和使用铁榔头这一线索。接报后，警方即派员在案发地点附近搜寻，至一小桥上发现一男子坐在桥栏杆上休息，边上停放有自行车，上前检查时发现该男子与被害人父亲报案时提供的作案人体貌特征较相符合，并发现书包架上有一把铁榔头，遂将其带回派出所盘问，王某即供述了全部犯罪事实。庭审中，就此案被告人王某的行为是否认定为自首存在不同意见。②

这两则案例反映的对“形迹可疑型”自首的认定中存在的问题，具有普遍性。柴国利案中辩、审两方也存在对被告人柴国利应否认定自首的争议。辩护人认为，“柴国利等人杀害王春所的罪行尚未被司法机关发觉，柴仅因形迹可疑被公安机关盘问”，故应认定为自首。审判方则认为，柴国利的行为“不属于我国

① 参见傅强、王忠毅：《非典型自首研究》，载《人民司法》1999 年第 3 期。

② 参见饶光辉：《被告人王某的行为是否适用自首》，载《中国刑事法杂志》2001 年第 1 期。

刑法规定的投案或者如实供述司法机关还未掌握的本人罪行的情形，不能以自首论”。

笔者认为，以上两则案例以及本案的情况均不能认定为自首。案例一中，公安机关对王某的询问已不属于一般意义上的盘查询问，公安机关已经掌握了一定的侦查线索和认定王某构成重大犯罪嫌疑的证据，对王某的询问是有目的、有计划的。实践中，有很多刑事案件都是侦查机关在只掌握了一定的侦查线索或构成重大嫌疑的证据后传讯犯罪嫌疑人，其供述犯罪后，再依据供述进一步搜集完善证据的。实际上，很多构成嫌疑的依据也在破案后成为定案的证据。侦破案件是个不断发现新证据的过程，在这个过程中，侦查机关接触犯罪嫌疑人可能早些，可能晚些，也可能是在获取有力的定罪证据后才传讯犯罪嫌疑人。因此对王某的犯罪行为，司法机关已经发觉，不属“仅因形迹可疑被盘问”，故不应成立自首。

案例二中对王某的行为是否属自首，有两种意见。第一种意见认为，警方发现被告人王某时，未由被害人沈某进行辨认，且未对铁榔头与伤痕进行鉴定，据此，被告人王某仅因形迹可疑在接受公安机关盘问时即交待了全部犯罪事实，按照《解释》，应视为自首。第二种意见认为，所谓“仅因形迹可疑被盘问”，是指公安机关、人民检察院、保安部门和其他有关组织在没有掌握犯罪的基本事实（即何人在何时何地实施了何种犯罪）或者足以断定某人实施了某种犯罪的重要证据之时，仅凭工作经验或个别线索对怀疑对象的查询。如果有关组织已经发现了犯罪的基本事实或者掌握了足以断定某人实施了某种犯罪的重要证据（如人赃及犯罪工具俱获或者根据有关证据能够确认某人为案件的重大犯罪嫌疑人），则不宜再作“形迹可疑”认定。本案中被害人报案在先，公安人员在搜寻过程中，根据被害人描述的特征以及作案工具发现犯罪嫌疑人王某时，即已能确认其系作案对象而带所盘问，故其罪行已被发觉，不属主动交待罪行，因此不能认定为自首。[①] 第一种意见实质上将“罪行被司法机关发觉”理解为实际掌握犯罪事实和已获取充分的定案证据，认为未让被害人沈某进行辨认及未对铁榔头与伤痕进行鉴定，警方的盘问还仅为形迹可疑，这有悖于刑事立法及司法解释的精神。若进行了辨认及鉴定，即可考虑是否可作为定案的证据，就没有必要判断行为人是否属“形迹可疑”了。本案中，被害人父亲报案后，描绘了作案人的体貌特征，提供了作案人骑自行车及携带铁榔头作案这一重要线索，警方及时在周边地区布控、搜寻，当检查发现犯罪嫌疑人王某与被害人父亲提供的体貌特征相符合，同时发现其自行车书包架上有一把铁榔头，就基本上确认其为作案人。另外，被告

① 参见饶光辉：《被告人王某的行为是否适用自首》，载《中国刑事法杂志》2001年第1期。

人王某供述全部犯罪事实也是在被警方带至派出所之后，迫于作案工具铁榔头被查获，才交待了全部犯罪事实，其供述行为是被动的，缺乏主动性，从这一角度，也不宜认定被告人王某的行为成立自首。综合本案具体情况，第二种意见的分析较为合理，是可取的。柴国利等抢劫、杀人案中，被告人柴国利的情况及辩审意见，与以上案例相似，容此不赘。

3. 犯罪事实和犯罪嫌疑人均被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时的自首解析

（1）“讯问”“强制措施”的含义。依《解释》的规定，犯罪事实和犯罪嫌疑人“虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案”，也属于自动投案。被告人柴国利的辩护人提出“公安机关对柴国利采取的措施仍然是留置盘问并非刑诉法中的强制措施”①，当然，辩护人提出这一点的目的，并非论证被告人柴国利的行为属于犯罪事实和犯罪嫌疑人均被发觉情况下的自首，而是论证司法机关在未对犯罪嫌疑人采取强制措施时进行盘问，说明司法机关尚未发觉犯罪。辩护词明确指出，“公安人员根据《人民警察法》赋予人民警察的职责，是以被告人柴国利携带可疑物品 V998 手机而决定对其留置盘问的，并非是以刑事诉讼法规定的侦查强制措施抓捕被告人的，这一点非常重要。它表明司法机关并未掌握 4·23 人车失踪案中有犯罪事实和犯罪嫌疑人的存在，公安机关将该案立为‘失踪案’，并不能肯定有犯罪行为的发生，亦即柴国利、杨天勇等人杀害王春所的罪行尚未被司法机关发觉”②，辩护词所陈述的原因是否导致结论的成立，不是本文所要探讨的重点。之所以详细引用辩护意见是因为，由此可以看出，对“讯问”“强制措施”词义的辨析并非是无意义的。司法机关是否讯问、采取强制措施，是犯罪事实和犯罪嫌疑人均已被发觉的情况下，行为人是否成立一般自首的分水岭，故辨明“讯问”、“强制措施”的含义至关重要。

何谓“讯问”？讯问犯罪嫌疑人是侦查人员为了查明案件事实和其他有关情况，依照法定程序，以言辞方式对犯罪嫌疑人进行讯问的一种诉讼行为。讯问犯罪嫌疑人是专门调查工作中的重要活动，是收集与核实证据的一种重要方法。根据刑事诉讼法规定，对于不需要逮捕、拘留的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件，以证明执行职务的合法性。犯罪嫌疑人经合法传唤，

① 柴国利抢劫、杀人、抢劫枪支、盗窃案一审辩护词，第 3 页。

② 同上注，第 2 页。

无正当理由而不到案的，可以拘传。当然，也可以不经过传唤，直接拘传犯罪嫌疑人到案接受讯问。[①] 由此可知，被讯问的犯罪嫌疑人，如果不遵守侦查人员的规定，其人身自由就会受到一定程度的限制，在这种情况下，犯罪嫌疑人如实向司法机关供述被司法机关指控的犯罪行为具有被动性，不属自首。如果其供述的犯罪事实属于司法机关还没有掌握的其他罪行，则属于余罪自首。

何谓"强制措施"？刑事诉讼法中的强制措施是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保证刑事诉讼活动的顺利进行，防止犯罪嫌疑人、被告人等逃避或妨碍侦查、起诉和审判，依法对其适用的暂时限制或剥夺其人身自由的各种强制方法。我国刑事诉讼法所规定的强制措施，按照强制力度从轻到重的顺序排列依次为：拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕。[②] 由此可以看出，在司法实践中，如果公安机关对有违法、犯罪的嫌疑人员采取的盘问、检查、传唤等措施，都不属于刑事诉讼法所规定的强制措施。

依上述理解，从表面上看，讯问、强制措施作为认定行为人是否成立一般自首的时间分水岭是明确的。实际上，这一规定引发诸多疑难问题。其中争议最大的就是，在侦查中犯罪嫌疑人、被告人依法受到传唤时，如实供述自己的犯罪行为，如何认定。

（2）犯罪嫌疑人经合法传唤如实供述自己的犯罪行为，是否成立一般自首？传唤与拘传、讯问有一定的联系。司法机关通常经合法传唤才对犯罪嫌疑人进行讯问。犯罪嫌疑人经合法传唤，无正当理由而拒不到案的，可以拘传。但是，三者有着本质的不同，不能将其混为一谈。传唤是人民法院、人民检察院和公安机关使用传票通知犯罪嫌疑人、被告人在指定的时间自行到指定的地点接受讯问的诉讼行为。我国刑事诉讼法规定的五种强制措施，不包括传唤在内。传唤强调被传唤人到案的自觉性，传唤不得使用武器。值得强调的是传唤的时间界定问题，即传唤行为一经送达传票即完成。拘传，则是对未被逮捕、拘留的犯罪嫌疑人强制其到案接受讯问的一种强制措施。拘传通常适用于经过合法传唤，无正当理由拒不到案的犯罪嫌疑人、被告人拘传具有强制性，强制犯罪嫌疑人到案接受讯问，如果抗拒拘传，还可以使用械具。

犯罪嫌疑人经合法传唤如实供述自己的犯罪行为，是否属于一般自首，这个问题认识上比较混乱，观点不一。[③] 深入分析这些观点，基本都是从"传唤"本

① 参见程荣斌主编：《刑事诉讼法》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 278—279 页。

② 同上注。

③ 参见冯英菊：《浅谈自首与坦白的界定》，载《人民检察》1999 年第 7 期。

身出发，来分析犯罪嫌疑人的到案行为是否具有主动性，从而认定犯罪嫌疑人是否成立自首的。一概认定不成立自首的观点，抹杀了犯罪嫌疑人在此种情况下主动供述罪行的积极性，不符合自首制度的初衷，不利于节约司法成本。一概认定成立自首的观点，忽略了司法机关传唤犯罪嫌疑人的不同情况，以及司法机关传唤犯罪嫌疑人时对犯罪事实的掌握程度，有轻纵犯罪分子之嫌。解决这一问题的办法是，不应就传唤本身来分析行为人是主动归案还是被动归案，而应该跳出这一窠臼，寻找更根本的分析基点。对此，可仍以“罪行是否已经被发觉”作为判断重点，区别对待不同情况。①罪行已经被发觉时，经传唤而如实供述司法机关所指控的罪行，不成立一般自首。如实供述司法机关尚未掌握的其他罪行，就所供述的犯罪，成立余罪自首。事实上，也有学者是将传唤到案是否成立自首放在余罪自首中研究的。如有学者主张，对于在侦查中受到依法传唤的犯罪嫌疑人、被告人如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，符合“以自首论”的主体范围。[①] 这里的传唤，是指司法机关命令犯罪嫌疑人、被告人于指定时间自行到案接受讯问的一种法律措施。它虽然没有直接的强制效力，但是它指示嫌疑人、被告人应负到案的义务，如不履行该项义务将受到强制，因而具有间接的强制效力。在法学理论上，一般将传唤称为“间接强制措施”。[②] ②罪行尚未被司法机关发觉时，即公安机关所采取的例行性的传唤，如采用作为一般侦查措施的排查方法，对一定范围内的人群进行排查而进行传唤，行为人主动、如实供述自己的罪行，成立一般自首。

另一个值得注意的问题是，公安机关口头通知后，犯罪嫌疑人如实供述自己罪行的，是否成立自首？解决这一问题的关键在于分析口头通知的性质。笔者认为，公安机关的口头通知不能视为传唤或讯问。因为任何法律行为都应当具备法定形式，公安机关的口头通知，不属于刑事诉讼法规定的强制措施或其他侦查手段。这种情况符合一般自首的时间要求，具体认定是否成立自首时，仍应以司法机关掌握的犯罪情况，结合犯罪嫌疑人供述罪行的主动性综合分析判断。

（二）余罪自首中的“还未掌握”

我国《刑法》第 67 条第 2 款规定，“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”该种情况的自首，理论上称为准自首、特殊自首或者余罪自首。为较好地与刑法分则中规定的特别自首区分，目前将其称为“余罪自首”几成通说。

---

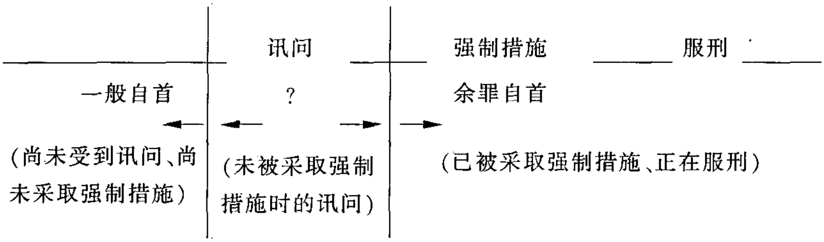
① 参见刘家琛主编：《新刑法新问题新罪名通释》，人民法院出版社 1998 年版，第 304 页。

② 参见徐静村主编：《刑事诉讼法学》（上），法律出版社 1998 年版，第 205 页。

上文已经分析在犯罪嫌疑人柴国利如实供述罪行时，对其采取的侦查措施是继续盘问。但由于司法机关掌握了足以证明柴国利具有重大犯罪嫌疑的证据，不能认为司法机关尚未发觉其罪行，所以被告人柴国利的供述不成立一般自首。根据本案的案情，司法机关在盘问柴国利时掌握的线索仅为 4·23 案中被害人王春所的手机及手机套、充电器等，这些全部属于 4·23 案的线索，故司法机关仅发觉了被告人柴国利所涉案件中的一起。那么，柴国利对其他四起案件的供述是否可以认定成立余罪自首？

1. 从侦查的阶段分析“余罪自首”成立的时间关节点

《刑法》第 67 条规定，“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。”“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”《解释》第 1 条第 1 项规定，“自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。”即是说，犯罪事实和犯罪嫌疑人均被发觉，但尚未受到讯问、未被采取强制措施时，成立的自首属于一般自首。已被采取强制措施、或者正在服刑时，成立的自首属于余罪自首。为便于理解，可以将刑法及《解释》规定的这些侦查阶段所对应的自首形式简单图示如下：



由于讯问也可以在采取强制措施后进行，而一经采取强制措施便可以归入余罪自首的时间段，为避免关节点划分上的竞合，故上图中的讯问特指未经采取强制措施而进行的讯问。依上文对传唤和讯问的语义分析，传唤为传票一经送达即完成的行为，并非是刑事诉讼法所规定的强制措施，那么，经传唤后对犯罪嫌疑人进行的讯问，就是图示所指的“讯问”。

从上图可以看出一个刑法及《解释》都没有顾及到的空白点，即犯罪嫌疑人已受到了讯问，此时自首不属于一般自首，但尚未被采取强制措施，此时自首也不属于余罪自首，那么，行为人此时的如实供述的行为如何认定？属于何种形式的自首？

如果仅从所处的侦查阶段分析柴国利案，依据辩护人的意见，公安机关"并非以刑事诉讼法规定的侦查强制措施抓捕被告人的"，故柴国利的供述行为属于一般自首。而两个审级的法院都认为，柴国利的行为"不属于我国刑法所规定的投案或者如实供述司法机关还未掌握的本人罪行的情形，不能以自首论"。这一表述表明审判方对两种种类的自首均进行了考虑，但对这两种自首的成立均予以否定，实质上也回避了行为人在这一时间段的如实供述行为属于何种形式的自首的问题。

那么，对已受到司法机关的讯问，但未被采取强制措施的犯罪嫌疑人如实供述自己罪行的行为，如何认定？笔者认为，被讯问的犯罪分子如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行的行为，符合余罪自首的特征。所谓讯问，是指侦查机关，依照法定程序，就案件事实和其他与案件有关的问题对犯罪嫌疑人进行审讯的一种侦查行为。我国《刑事诉讼法》第93条规定，"犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。但是对与本案无关的问题，有拒绝回答的权利。"即是说，我国刑事诉讼法没有规定犯罪嫌疑人在侦查人员讯问时，有保持沉默的权利。对于侦查人员的提问，犯罪嫌疑人应当如实回答，仅对与本案无关的问题，才可以拒绝回答。由此可知，在此种情况下，犯罪嫌疑人的供述具有一定的被动性，其供述被司法机关指控的罪行，只能属于坦白，而不能成立自首。而其对司法机关还未掌握的罪行的如实供述，符合余罪自首的特征。另外，从《解释》的规定分析，其表述是"尚未受到讯问、未被采取强制措施时"，否定了犯罪嫌疑人已受讯问时，仍属于自动投案的可能，其本意似是将已受讯问的犯罪嫌疑人排除在一般自首之外。综上所述，此种情况以认定成立余罪自首较为妥当。就柴国利案分析，柴国利就已被司法机关发觉的4·23案的供述属于坦白，不属一般自首的时间段，对其他四起犯罪的供述，则属于余罪自首的时间段，至于是否成立余罪自首，下文予以进一步分析。

2. "还未掌握"的含义分析

《刑法》规定，"被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。"一审、二审法院认为柴国利不属于"如实供述司法机关还未掌握的本人罪行的情形，不能以自首论"。那么何为司法机关"还未掌握"？审方认为柴国利所供述的罪行不属于司法机关尚未还未掌握的罪行是否妥当？

对"还未掌握"的认定标准，立法尚未明确，理论界与实践领域见仁见智，众说纷纭，总结较具代表性的观点如下：

观点一：司法机关没有掌握任何材料或线索。具体来说，即司法机关还没有任何材料反映某犯罪行为可能是该犯罪嫌疑人、被告人和服刑的罪犯实施的，就

是司法机关还未掌握的罪行。反过来说，只要司法机关有某项材料反映该犯罪行为可能是该犯罪嫌疑人、被告人和服刑罪犯实施的就可以说司法机关已掌握。如，有举报材料反映，或有现场痕迹或遗留物反映，或有被害人反映，或有证人证实，或有同案人供述，或有其他证据反映。只要有其中一项材料（应形成笔录、鉴定、现场勘查报告等书面材料，否则难以确定是否掌握及掌握的时间），反映犯罪行为可能是其实施的，就说明司法机关已掌握。① 尚未掌握的标准应是一无所知，即对已因前罪而受审案犯的其他罪行一无所知。如果司法机关掌握了一定的线索或证据，即使这些证据尚不足以完全证明案犯构成犯罪，也应认定为司法机关已经掌握。②

观点二：掌握犯罪包括掌握线索的情况。凡属线索已被掌握，但不知具体犯罪事实，针对这一线索讯问嫌疑人时，其交待出的犯罪，不应以自首论。因为这种供述没有表现出主动性。另外对于“掌握犯罪”一词不能理解过窄，它应当包括掌握了犯罪线索这种情况。如公安机关将贩毒犯赵某拘留后，在搜查其家时发现一件皮夹克上沾有血迹，追问该夹克来源时，赵某供述了曾杀死一人抢得该夹克。对于这起抢劫罪，就不应以自首论。但如果赵某在公安人员没有讯问皮夹克时，便主动交待了这起抢劫罪，这种情况可以按自首论。③

观点三：视司法机关掌握的程度而定。如果司法机关现有的材料已能明确反映犯罪分子还有其他罪行尚未交待的，不能以自首论。如果司法机关对材料要反映的犯罪事实尚未明确掌握，但对该材料的审查必然导致某种犯罪事实被发现，此时犯罪分子交待了该犯罪事实，也不能以自首论。如果司法机关掌握的材料只是案件的线索，须进一步调查方能发现犯罪分子的其他罪行的，应以自首论。如果司法机关现有材料只能反映犯罪分子有其他尚未构成犯罪的行为，而其交待的行为构成犯罪的，以自首论。④

观点四：线索足以确定。所谓掌握，不能狭义地理解为犯罪分子全部的证据和犯罪事实，凡属线索已被掌握，并有一定证据证明该在案人可能犯有某罪时，即为罪行已被掌握。从诉讼法的角度考虑，凡侦查机关依据现有的线索和证据足以确定某人就是某案的犯罪嫌疑人时，即为罪行已被掌握。⑤

---

① 参见梅赫光、肖红光：《如何正确适用“坦白以自首论”》，载《人民检察》1998年第2期。

② 参见黄曙：《“以自首论”的司法认定》，载《中国刑事法杂志》2000年第2期。

③ 参见杨敦先等主编：《新刑法施行疑难问题研究与适用》，中国检察出版社1999年版，第289—290页。

④ 参见李俊、赵亚杰：《自首及其价值》，载《当代法学》2001年第12期。

⑤ 参见黄京平、杜强：《余罪自首成立要件解析》，载《政法论坛》2003年第5期。

观点五：以行为人的主观认识为判断标准。从保护人权的角度，只要犯罪分子根据当时的客观条件认为是司法机关尚未掌握的本人的其他罪行，且如实供述，就应当“以自首论”。[①]

以上观点各有利弊。观点一与观点二均倾向于在司法机关已掌握线索的情况下，即可认为司法机关已掌握犯罪事实，这一要求过严，不利于鼓励罪犯悔过自新，也不利于案件的侦破工作，与刑法设立余罪自首制度的初衷相悖，不符合自首制度的立法精神。一般来说，案件一经发生，失主、被害人会及时报案，其他人也会揭发举报，司法机关一般都能及时发现案件的存在，了解案件的发生时间、地点、情节、危害后果等一些基本情况，并且通过现代科技手段，查明案件的性质。如果要求罪犯交待其他罪行均是在司法机关掌握任何线索以前，对余罪自首认定要求过于严苛，同时，也会因为这种情况在司法实践中极少出现，而使刑法关于余罪自首的规定流于形式。观点三和观点四则肯定了在司法机关掌握一定线索的情况下，也存在成立余罪自首的可能，但是对掌握的程度认识不一。观点五中，因为司法机关对犯罪分子的思维活动无法有效洞察，对其主观认识也没有判定标准，在实践操作中存在一定的困难。

前四种观点的共同点是，以司法机关客观上是否掌握来理解“还未掌握”的含义的，可通称为客观标准。观点五则是从犯罪嫌疑人的主观认识角度来理解“还未掌握”的，可以称为主观标准。学界和实践中多数人倾向于客观标准，主观标准仅为少数人主张。这两种标准在实践中所导致的结果迥异。试举案例如下：被告人严某伙同他人于 1998 年 12 月 5 日在常德市对杨某实施伤害，致杨死亡。严某外逃期间，又伙同覃某于 1999 年 5 月在长沙市盗窃作案。覃某因盗窃被长沙市公安人员抓获后，供述了与严某共同盗窃及严某对他人实施伤害并致人死亡的事实。长沙市公安人员在覃的协助下，将严某抓获归案。严某在不知公安机关已掌握其故意伤害致人死亡犯罪事实的情况下，既供述了盗窃事实，也供述了故意伤害致人死亡的事实，对于严某是否具有自首情节，有两种意见。一种意见认为，公安机关已先行掌握了严某故意伤害的事实，故严某不具有自首情节。另一种意见认为，严某在不知公安机关已掌握其故意伤害事实的情况下，主动供述了这一事实，应以自首论。[②] 第一种意见的认定标准是客观标准，第二种意见的认定标准为主观标准。

---

① 参见陈锦新：《对“以自首论”的理解和适用》，载《中国律师》2003 年第 5 期。

② 参见《人民司法》2000 年第 2 期，“司法信箱”栏目，读者问“被告人在不知公安机关已掌握其犯罪事实的情况下主动供述，能否认定为自首”。

有学者认为，单独采用主观标准或客观标准均有弊病。按客观标准，使主观上真诚悔罪的人得不到法定的从宽处罚，使没有悔罪的人基于认为司法机关已经掌握的错误判断供述了罪行却获得了法律上的从宽处理。客观标准不利于实现自首制度创立的目的，不利于鼓励行为人真诚悔罪。按主观标准，又难以认定和操作。因此，提出了多种标准共用说。具体划分为四种情况：①当行为人不知道司法机关已经掌握自己的其他罪行，认为司法机关未掌握的情况下，交待自己的其他罪行，而实际上司法机关已经掌握，应按余罪自首处理；②当行为人认为司法机关未掌握其他罪行，而如实供述，司法机关实际上确未掌握，自应认定为余罪自首；③当行为人以为司法机关已经掌握自己的其他罪行，而如实供述，实际上司法机关尚未掌握也应成立余罪自首；④当行为人以为司法机关已经掌握其他罪行，如实供述，实际上司法机关确已掌握，则不能成立余罪自首，只能以坦白论。这四种情形，第①种按主观标准认定为自首，第②种按主客相统一标准认定为余罪自首，第③种按客观标准认定为余罪自首，第④种按主客观相统一标准认定，只能是坦白。[①] 为便于分析和理解，笔者将这一观点所列举的四种情况列表如下：

行为人主观认识	客观上司法机关是否已经掌握	是否认定成立自首	何种认定标准
认为未掌握	实际已掌握	成立	主观标准
认为未掌握	实际未掌握	成立	主客观统一
认为已掌握	实际未掌握	成立	客观标准
认为已掌握	实际已掌握	不成立	主客观统一

主观标准有利于鼓励悔罪程度较高的行为人改过自新，重新做人。客观标准有利于尽早打击犯罪，改造犯罪分子，使其尽早回归社会。采用多种标准虽然吸收了主观标准和客观标准的优点，但同时也没有能够避免三种标准的缺陷。如上表中，第①种情况下，行为人主观心理活动中认定，实践中很难操作。另外，如何判断司法机关是否已经掌握犯罪的问题，依然没有得到解决。

由于主观标准实践中难以操作，且自首的成立并不以行为人的主观悔罪为条件，自首制度设立很大程度上是体现功利性的要求，实现司法的经济性，节约司法成本。因此，客观标准较为符合设立自首制度的初衷。另外，从刑法的规定分析，其强调了司法机关是否已经掌握，而没有提及行为人的主观认识错误的问题。由此判断，立法也倾向于客观标准说。采用客观标准，则涉及对是否“还未

① 参见杨文杰：《论准自首》，载《宁夏社会科学》2000 年第 5 期。

掌握”的判断问题。笔者认为，判断司法机关是否已经掌握了犯罪，可以从司法机关是否已经掌握了线索和掌握线索的程度两个方面考虑：

（1）司法机关是否已经掌握线索。如果司法机关未掌握行为人犯罪的任何线索和证据，此时行为人的如实供述自然属于“还未掌握”的犯罪。如果掌握了一定的线索和证据，则进一步分析其掌握的程度。

（2）司法机关掌握线索的程度。一般自首中，笔者主张司法机关掌握线索的程度达到最低的立案标准时，即视为司法机关已经发觉犯罪。为体现自首制度的统一性，余罪自首中的“还未掌握”可以参照这一标准，即凡属线索已被掌握，并有一定证据证明该在案人可能犯有某罪，需要追究刑事责任时，即为罪行已被掌握。

具体来说，司法机关“还未掌握”可以从以下四个方面来理解：①司法机关不知道犯罪已经发生；②司法机关虽然知道犯罪案件发生，但是不知道犯罪人是谁；③由于行为人更改了真实姓名和身份，或者由于发生意外事故等改变了本来面目和特征，致使司法机关虽然知道犯罪案件的发生和明确的犯罪人，但不知道犯罪人就是被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者正在服刑的罪犯；④司法机关已经知道共同犯罪的部分作案人，但不知道被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者正在服刑的罪犯参与了共同犯罪。行为人在上述四种情形下，如实交待自己的犯罪事实，体现了自首制度的初衷，符合余罪自首的要求，应予认定。

3.“还未掌握”的主体“司法机关”的范围

根据《刑法》第 67 条第 2 款的规定，“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行的，以自首论。”这里的司法机关有时会出现采取强制措施的司法机关和掌握其罪行的司法机关不一致的情况。例如，犯罪嫌疑人王某在原籍甲市故意杀人后逃跑，当地司法机关已破案，完全掌握其罪行。但王某潜逃到乙市扒窃时被乙市公安机关拘留，由于王某是流窜犯并且持伪造的身份证，乙市公安机关并未掌握其以前的杀人罪行。王某在审讯中如实供述了自己的真实姓名和在甲市的杀人罪行。后被移交给主要犯罪地甲市司法机关处理。此案中犯罪嫌疑人王某的原籍甲市司法机关已经掌握其杀人罪行，但对其采取强制措施的乙市司法机关则并未掌握其杀人罪行，对王某的杀人罪能否认定为自首？

关于“司法机关”的范围，法律和司法解释中均无明确的界定。那么，这里规定的司法机关是仅指犯罪嫌疑人、被告人、罪犯供述时的特定的司法机关，还是泛指全国范围的所有的司法机关？如何理解“司法机关”的范围，有多种观点，大致可以分为狭义说和广义说两类。

（1）狭义说。“司法机关”特指办理具体案件的司法机关，即指犯罪嫌疑人、

被告人、罪犯供述时的特定的司法机关。理由主要有：首先，只有这样，才有利于鼓励被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯主动交待所犯的罪行；其次，我国幅员辽阔，各司法机关信息交流不可避免地存在不畅通现象，再加上犯罪分子流窜作案、异地作案的情况越来越突出，这种情况下，要办理具体案件的司法机关及时判明行为人的罪行是否被异地司法机关掌握，是不现实的，也会影响案件的查处。

（2）广义说。司法机关泛指全国所有的司法机关。只要全国有一个司法机关发觉了犯罪事实或者犯罪行为人，就认为司法机关已经掌握。

无论从鼓励犯罪分子积极交待余罪的角度考虑，还是从确立余罪自首的初衷而言，对本条文中的司法机关作狭义的理解更符合立法本意。因为，如果对"司法机关"作广义的理解，不但实践中余罪自首的情况很难出现，而且会使一些犯罪分子产生对"余罪"如实供述反而处罚更重的想法，从而导致"余罪"不能受到及时、有效的惩治。

笔者支持对"司法机关"作狭义的理解，"司法机关"指具体处理该案的司法机关，但又不宜限定的太具体，一般宜以某一地、市的公安机关或以提起刑事诉讼的主体机关为单位。因为中国地域辽阔，难以及时判明犯罪行为人的罪行是否被异地司法机关掌握，特别是许多在逃犯往往使用化名或假身份证，如果采广义说，将会使自首的适用经常处于一种不确定的状态，影响刑事诉讼的正常进行，同时也不利于鼓励行为人交待余罪。但如果是发生在同一城市内，例如发生在两个公安分局或两个派出所之间，就不宜认定成立余罪自首。依照狭义说的观点，上文所举案例中王某的行为应认定为成立余罪自首。

另外，对"司法机关"范围的理解，有以下几种情况值得分析：

（1）如果办理具体案件的司法机关在抓获案犯前已接到了异地司法机关对该案犯的通缉令或协查通知，且已查明所审案犯就是通缉令或协查通知所要抓获的案犯时，这种情况下，司法机关可以不受是否属办理具体案件的司法机关的限制。

（2）目前，由于网络的普及，各地司法机关快速沟通、进行信息交流已成为可能。那么，在犯罪分子已被犯罪地侦查机关发布了通缉令，或该犯罪分子已被列为网上追逃的对象的情况下，应以抓获地或者服刑地直接办案的司法机关是否实际掌握为标准来认定司法机关是否已经掌握。实际掌握，就是指办案机关是否将行为人与网上、通缉令上的特定信息联系起来，比如在抓捕前或者本人供述前，司法机关曾向犯罪地的司法机关就犯罪分子涉嫌的罪行进行了核实，则可认为司法机关已经掌握了其罪行，反之则应认为尚未掌握罪行。

（3）被采取强制措施后，犯罪嫌疑人向其他机关、组织或有关负责人供述司法机关还未掌握的罪行，是否成立余罪自首，这一问题应根据具体情况的不同区别对待。被采取取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人和保外就医的服刑罪犯向其所在单位、城乡基层组织或者有关负责人作了如实供述，再向司法机关如实供述的，应成立余罪自首。如果未再向司法机关供述，其他组织或个人向司法机关作了报告，也应成立余罪自首。如果未报告，应区别情况。如未报告是由于接受供述的人认为不构成犯罪或工作的疏忽造成，不应影响余罪自首的成立；如果供述的人知道接受供述的人不会报告，或要求其不向别人报告，则不成立余罪自首；如接受供述的人未及时报告，司法机关已经掌握其他罪行，应以其他机关、组织或负责人接受供述的时间作为依据，认定属司法机关尚未掌握，构成余罪自首。

4.“还未掌握”的对象“其他罪行”的含义理解

如何理解“其他罪行”直接关系到余罪自首的适用范围，也是余罪自首中长期以来刑法界聚讼纷纭的一个焦点。《解释》第2条规定，“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。”但对于这一问题的争议不但没有平息，反而更加激烈，各种观点林立，总结如下：

（1）“不同种罪行说”。其他罪行仅指与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种的罪行。这一学说即为《解释》所采用的学说。在这一学说的内部，根据区分是否属同种罪行的不同标准，又可细分为两个派别：其一，“性质不同说”，其他罪行是指向司法机关供述的是犯罪分子本人的除司法机关掌握以外的不是同一性质的犯罪。① 其二，“罪名不同说”，认为所供述的其他罪行必须与已掌握的罪行是不同罪名，才成立余罪自首。②

（2）“不分同异说”。其他罪行相对于犯罪人被查获的罪行而言，指的是犯罪人被指控、查获的罪行以外的罪行，既包括与被指控的罪行性质不同的异种罪行，也包括与被指控的犯罪性质相同的同种罪行。③

（3）“区别对待说”。以立法意图和审判实践的具体操作来考察，被司法机关依法采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人，如实供述司法机关已经掌握的罪行以外的其他性质的犯罪，即非同种罪行，成立自首。如果供述的是与司法机关掌握

① 参见徐霞等：《中华人民共和国刑法学习纲要》，人民出版社1997年版，第49页。

② 转引自黄京平、杜强：《余罪自首成立要件解析》，载《政法论坛》2003年第5期。

③ 参见周振想：《自首制度的理论与实践》，人民法院出版社1988年版，第95页。

的罪行性质相同的其他罪行，属于补充交待。正在服刑或判决宣告以后尚未服刑的罪犯，如实供述判决宣告前发生的，判决确定的罪行以外的同种罪行或者非同种罪行的，以自首论。①

“不同种罪行说”由于为《解释》所肯定，故司法实践中采用的是这一观点。但这一学说对诸多问题在其体系内的解释，无法实现理论上的自足，故广为学者所诟病。试分析如下：

（1）与刑法的规定不符。《刑法》第 67 条第 2 款仅规定余罪自首必须是司法机关还未掌握的“其他罪行”，《解释》将其限定为同种罪行，显然缩小了余罪自首的成立范围，不利于对被告人权益的保护。

（2）不符自首的实质。行为人所供述的罪行是同种罪行还是异种罪行，所供述罪行与先前罪行是否具有同一性，是偶然的，与所供述的罪行的性质、情节、社会危害性等因素无关。无论行为人所供述的罪行类型、性质如何，供述行为的本质都是一样的，都是犯罪分子犯罪后自愿将自己置于受国家追诉的地位，体现了犯罪分子悔罪自新的主观心理态度，都有利于司法机关追诉犯罪，节约司法成本，在处理上不应该区别对待。

（3）导致对同一行为的供述是否成立自首，受司法机关最终认定的影响。同种罪还是异种罪并不意味着社会危害性的差别，行为人所供述的是同种罪还是异种罪也不意味着人身危险性和悔罪态度的差别。仅根据犯罪分子主动交待的罪行与司法机关已掌握的罪行的罪名的异同来确定是否成立自首，进而产生量刑上的差别，这是不公平的。同时，对同一供述行为，由于司法机关最终认定罪名的不同，从而导致可能成立自首，也可能不成立自首，显然不合理。例如，行为人在故意杀人罪的服刑期间，供述了一起司法机关尚未掌握的伤害致人死亡的犯罪事实。当司法机关将所供述的罪认定为故意杀人罪时，则不成立自首，不能从宽处罚。当司法机关将其认定为故意伤害罪时，则可成立自首。同一行为人所供述的同一犯罪行为，由于司法机关的最终认定不同，结果迥异，这对行为人来说是不公平的。另外，从认定的结果来分析，对轻罪的供述反而能够成立自首，会导致行为人避重就轻，有意规避法律。

（4）不利于鼓励行为人主动供述余罪。举一案例说明：“有两个同样的案件，当地有两个年轻干部都是由群众举报的，举报他们有贪污、受贿行为，地方上找两个年轻干部去谈话，有一个一谈，就交待出 20 多万元，在那个贫困地区，这算很大的案件了，又是后备干部的，如实交待，退赔了，

① 参见陈兴良：《刑法适用总论》（下），法律出版社 1999 年版，第 484—485 页。

但还是判了十几年；还有一个死不认账，到他家里查出来也是 20 多万元，这肯定是违法所得，最后这个案件只定了个巨额财产来源不明罪，结果只判了很轻的刑罚。这个检察官说，对那个自己如实交待的，我们就想减轻判，但是由于我们却是掌握了几千块钱的犯罪事实，那么依法是不能认定为自首的，但这样的结果，我们认为是不合理的。"①

"不同种罪名说"的弊端集中体现在对数额犯和选择性罪名的处理上，故下文对这两种情形予以详细分析。

（1）选择性罪名问题。对司法机关已掌握的选择性罪名中的一种罪行，而犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯如实供述了该选择性罪名的另一种罪名的罪行，是否应当认定为自首？如，司法机关掌握了制造、买卖枪支的罪行，犯罪嫌疑人又如实供述了运输、邮寄枪支的罪行；司法机关掌握了运输毒品的罪行，犯罪嫌疑人又如实供述了贩卖毒品的罪行，能否以自首论呢？

"不同种罪名说"中的"性质不同说"和"罪名不同说"对该种情况的认定不同。依"性质不同说"，这种情况不应以自首论，因为犯罪嫌疑人如实供述的罪行虽然与司法机关已掌握的罪行罪名不同，但二者实质相同，犯罪构成要件并没有区别，且审判中对这样的罪行以一罪论处，不实行数罪并罚，故不应以自首论。依"罪名不同说"，对数个犯罪行为是否属于同种罪行的判断，应该以罪名为标准。罪名是法律规定的某种具体犯罪的名称，是对某种犯罪行为本质特征或主要特征的高度简明概括，是区分罪行种类的标志。所谓选择性罪名，是指包括两种或两种以上独立罪名，但各罪名之间又有着某种联系，因而被立法者归到一起，如果行为仅符合其中的某个罪名，可以分解按该罪名定罪。实际上，不同罪名的罪行，即使是选择性罪名中的不同罪行，也必然存在不同的特征，所以应视为不同种类的罪行。但是，"罪名不同说"同时强调，上述情况只有在确定犯罪嫌疑人供述的另一罪名的罪行，与司法机关掌握的罪行不是同一行为，才能以自首论。例如，司法机关掌握了犯罪嫌疑人运输毒品的罪行，犯罪嫌疑人又提供了贩卖毒品的罪行，如果贩卖的毒品与司法机关掌握的是同一毒品，该罪行系司法机关所掌握罪行的继续或一个环节，二者应认定为同一起行为，不能以自首论。

为便于理解，以运输、贩卖毒品罪为例，将这两种学说对应的认定结果列表如下：

① 参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良：《刑法纵横谈》，法律出版社 2003 年版，第 401 页。

已掌握罪行	所供述的余罪	性质不同说的认定及理由	罪名不同说的认定及理由
运输毒品	贩卖同一毒品（相同数量）	不成立 性质相同，属同种罪行	不成立 对象相同，为同一行为
运输毒品	贩卖另一毒品（相同数量）	不成立 性质相同，属同种罪行	成立 对象不同，应视为不同种类的罪行

“性质不同说”一概以性质相同否定此种情况行为人成立自首的可能性，不利于鼓励行为人交待司法机关还未掌握的罪行，不利于鼓励行为人悔过自新，这显然不符合自首制度的立法目的。而采用“罪名不同说”认定，同一行为人供述同一贩毒行为，且所贩卖毒品的数量相同，在均符合自首的要件和自首的主动性、如实性、彻底性要求的情况下，仅因贩卖与运输的对象是否是同一毒品，一个认定成立余罪自首，一个不予认定，显然是不合理的。

（2）数额犯的认定问题。《解释》将余罪自首中的其他罪行解释为“不同种罪行”，主要出于便于司法操作的考虑。如果对同种罪行适用自首的话，会带来操作上的困难。因为行为人在服刑期间供述同种罪行，可以先对新罪适用自首的规定从宽判处刑罚，再按照刑法第70条数罪并罚的规定将前后两个判决所判处的刑罚进行并罚。但行为人在被采取强制措施期间供述同种罪行，适用自首则存在困难。因为在判决宣告前，对同种数罪一般作为一罪处理，不适用数罪并罚。如果对行为人其中的一次犯罪适用自首，则这一次自首有无溯及到整个犯罪行为的效力，该如何适用刑罚等问题都有待明确。故《解释》将其一概作为坦白处理，不认定为自首。

但对数额犯来说，如何体现罪责刑相适应是一个难题。如行为人因为盗窃5 000元被公诉机关起诉，被采取强制措施期间，行为人主动交待了其盗窃10 000元的犯罪事实。依《解释》的规定，行为人的供述行为不能成立自首，但是从罪责刑相适应的角度，如何体现对交待了同一种犯罪但司法机关还未掌握的罪行的宽大处理的刑事政策？

这一情况，实践中的操作方法一般是，“在司法实践中，司法机关掌握了犯罪嫌疑人一定的犯罪行为，在贪污受贿等经济犯罪中较多，犯罪嫌疑人又交待了与司法机关掌握的同种犯罪（相同）的部分，这个时候就要看这交待的部分是大于司法机关掌握的部分，还是小于司法机关掌握的部分，如果我们掌握的他的受贿只有5万元，他自己交待的则是100万元，那么绝大部分是他交待的，这个时候就视为坦白，按照酌定情节处理。这个不考虑是不现实的，但是如果司法机关

掌握的是比较大的一部分，司法机关查获了70万元，他交待了另外20万元，那么就以司法机关查获的为主，他坦白交待的是次要部分，那么掌握从宽的幅度稍微小一点”。[①] 对这一问题，《解释》也进行了补救，即上述实践中处理这一问题的法律依据。《解释》第4条规定，“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。”从结果看，这样的规定可以拉近余罪“坦白”和余罪“自首”的距离，但其固有缺陷无法消除。因为坦白属于酌定从宽情节，只能从轻而不能减轻、免除处罚，也就是说，无论犯罪人如实供述的同种余罪多么重要，悔罪态度多么好，也不能得到减轻、免除处罚，这显然不利于对公民权利的保护，不利于感召和引导犯罪分子主动交待罪行。另外，《解释》中“如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚”的规定严重越权，因为现行刑法将“自首”规定为“可以”从轻、减轻处罚的相对从宽情节，司法解释却将“坦白”规定为“一般应当”从轻处罚的近似绝对从宽情节，这与刑法立意相悖，属明显越权。

认为对“其他罪行”应当区别对待的“区别对待说”，从表面上解决了认定同种罪行成立余罪自首时的量刑上的难题，即在已被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人构成特殊自首的情况下，要求犯罪分子如实供述的是司法机关还未掌握的其他不同罪行。对同种罪行则视为坦白，从而不会产生对以一罪处理的犯罪中部分适用自首、部分不适用自首的难题。对正在服刑的罪犯，如实供述的犯罪由于可以适用数罪并罚，则不作同种罪行或异种罪行的限制。但是这一学说的失误也很明显：如果判决前如实交待的罪行只是补充交待，以坦白论，属于酌定从宽情节，而判决后如实交待的罪行则以自首论，属法定从宽情节，后者的从宽幅度比前者大，判决结果较前者轻，这是不合理的。

笔者支持“不分同异说”，即“其他罪行”是相对于司法机关已掌握的罪行而言的，不分同种罪或者异种罪，由于不作同种罪和异种罪的区分，因此也就不存在是性质不同还是罪名不同的争论。事实上，不分同种或异种罪行的区分，所面对的量刑难题也存在于其他情况中，如，行为人在16岁至18岁之间多次盗窃，已构成犯罪，18岁之后又多次盗窃并案发。依最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第12项的规定，“多次盗窃构成犯罪，依法应当追诉的，或者最后一次盗窃构成犯罪，前次盗窃行为在一年以内的，应当累计其盗窃数额”。这时，对18岁之前的盗窃罪不考虑从轻，显然有失

① 参见张军、姜伟、郎胜、陈兴良：《刑法纵横谈》，法律出版社2003年版，第400页。

公正。另一种类似的情况是，犯罪分子实施数起同种犯罪，部分犯罪既遂、部分犯罪未遂，对未遂部分不予考虑，也是不公正的。司法实践中，法院在进行判决时，一般会将该犯罪行为分为不同部分分别予以认定，即犯罪既遂部分、犯罪未遂部分，未遂部分无涉及整个犯罪行为的效力，法院仅对未遂的部分依法予以从轻、减轻处罚。故对认定行为人供述同种罪行成立立功所面临的量刑问题的解决方案，初步设想如下：①对于正在服刑的罪犯，如实供述与司法机关已经掌握的罪行属于同种罪行的，对该部分犯罪适用自首的从宽情节，与其他罪行依刑法关于数罪并罚的规定处罚；②对于被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人，如实供述与司法机关已经掌握的罪行属于同种罪行的，也应考虑适用自首的从宽情节，具体操作可以比照以上两例的情况处理。

5. 柴国利是否可能成立余罪自首

回到柴国利案，分析柴国利是否能够成立余罪自首。柴国利案中，柴国利交待了自己参与的 5 起罪行，并揭发其他共同犯罪人所犯的 7 起案件，公安机关依此破获了整个杨天勇等犯罪集团。对柴所涉的 5 起案件中的 4·23 案，公安机关是依所掌握的重要线索被害人王春所的手机对柴国利进行盘问的，此起案件可以视为司法机关已经发觉，上文已经进行了详细分析，在此不再赘述，故对 4·23 案，柴国利的供述属于如实供述司法机关所指控的罪行，只能成立坦白，不能认定为自首。关键在于，柴国利又交待了其他 4 起罪行，对这 4 起犯罪是否成立余罪自首值得研究。

根据二审法院的认定，“本院从已查明的事实认为，上诉人柴国利在销售该犯罪集团抢劫杀害被害人王春所后所获赃物手机的过程中，被公安机关侦控抓获，审查中百般狡辩，拒不交待其犯罪事实。三天后，在公安机关出示对其住处进行搜查所获的经王春所亲属辨认确认的王春所生前使用的与该手机配套的车载手机充电器及耳机等部分犯罪证据后，才供述了本人所犯和同案其他被告人的罪行。”根据辩护词，“公安人员是以柴国利携带可疑物品 V998 手机而决定对其留置盘问的”。[①] 那么，在柴国利交待犯罪时，其人身处于何种状态？是否已经被采取强制措施？根据《人民警察法》第 9 条的规定，“对被盘问人的留置时间自带到公安机关之时起不超过 24 小时，在特殊情况下，经县级以上公安机关批准，可以延长至 48 小时，并应当留有盘问记录。对于批准继续盘问的，应当立即通知其家属或者其所在单位。对于不批准继续盘问的，应当立即释放被盘问人。经继续盘问，公安机关认为对被盘问人需要依法采取拘留或者其他强制措施的，应

① 柴国利抢劫、杀人、抢劫枪支、盗窃案一审辩护词，第 2 页。

当在前款规定的期间作出决定；在前款规定的期间不能作出上述决定的，应当立即释放被盘问人。”由于最长的盘问时间仅为48小时，故3天之后，依据法律，公安机关应已对柴国利采取了相应的强制措施，因此，行为人柴国利此时对公安机关还未掌握的其他4起犯罪的供述，符合余罪自首的时间要求。

从判决书的认定看，对柴国利认定的罪名是：故意杀人罪，抢劫罪，盗窃罪，抢劫枪支弹药罪。其中4·23案柴国利的行为构成抢劫罪和故意杀人罪，其他4起犯罪分别构成：（依本文开始所列举罪行的顺序）第一起：抢劫罪、故意杀人罪；第二起：抢劫罪、故意杀人罪、抢劫枪支弹药罪；第三起：抢劫罪、故意杀人罪；第五起：盗窃罪。柴国利所供述的盗窃罪、抢劫枪支弹药罪，完全符合《解释》关于余罪自首的规定，应当认定成立余罪自首。但是在这种情况下，司法解释所肯定的“不同种罪名说”，就出现了上文所述的困境，即在相同条件下的同一供述行为，在行为人的悔罪态度、社会危害性、人身危险性均无任何不同的情况下，对同一供述行为所供述的内容有的认定为自首，有的不认定为自首，这显然是不合理的。因此，笔者主张，应回到刑法的原始规定，即“其他犯罪”是相对于司法机关尚未掌握的罪行而言的，不分同异，对这4起犯罪均宜考虑适用余罪自首制度。

（三）特别自首中的“被追诉前”

1. 特别自首概述

我国《刑法》第164条第3款、第390条第2款、第392条第2款，这三个条款所规定的行为，刑法理论曾对其属于自首或立功存在争议，目前逐渐统一，将其视为与一般自首和余罪自首均不同的、不能为这两种自首制度所包容的一种独立的自首制度，一般称为特别自首。此种自首制度与刑法总则所规定的一般自首制度和余罪自首制度本质上是相同的，只是在构成要件上有所不同。

（1）以上条款的规定不属于坦白。理由主要有：①坦白是行为人因被司法机关指控的犯罪而被动归案，行为人的供述具有被动性；以上三类行为均发生在“被追诉前”，即尚未因该罪归案而主动供述其罪行，故和坦白成立的时间不同；②坦白是酌定从宽情节，具体适用时由司法机关根据犯罪分子的悔罪表现来决定是否对其从宽处罚。而以上三种行为是法定从宽情节，具体适用由司法人员严格依照法律的规定，决定对犯罪分子是否减轻或者免除处罚；③我国刑事立法没有设置坦白制度，但是根据刑法理论和司法实践的做法，坦白和自首相比，犯罪分子在悔罪表现上没有自首犯积极主动，人身危险性方面也比自首犯要大，一般情况下，对坦白从宽处罚的幅度要小于自首犯的从宽幅度。以上三种行为中，不管行为人所犯的罪行多么严重，只要在追诉前主动交待行贿行为或者介绍贿赂行为的，原则上即可以减轻或者免除处罚，这比总则中规定的自首制度要轻，如果将以上三种行为视

为坦白，就会出现对坦白从宽的幅度大于自首从宽幅度的现象，这与我国现行刑事基本政策和立法精神相冲突。因此，刑法所规定的这三种行为不属于坦白。

（2）以上条款的规定不属于立功。原因有二：①刑法规定："行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚"，"介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻或者免除处罚"，立法强调行贿人或者介绍贿赂人主动交待自己的犯罪行为用意很明显，而并非强调行为人揭发检举他人的犯罪行为；②立功表现并未规定自己的犯罪是否被追诉，只有自首才限定所交待的犯罪未受追诉，上述规定中强调"在被追诉前"也可以充分说明这里规定的不是立功而是自首。但是，由于其交待自己的犯罪行为客观上也具有揭发检举他人犯罪的作用，考虑到这种特殊因素，刑法才对这种自首规定了更大幅度的从宽。但是，这不能改变上述规定自首的性质。

根据刑法分则上述三个条款的规定，成立特别自首需同时具备以下两个要件，缺一不可：①行为要件。只有实施刑法分则规定的这三类犯罪才能成立特别自首，具体包括下列三类犯罪：其一，对公司、企业人员行贿罪。《刑法》第164条第3款规定："行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚；"其二，行贿罪。《刑法》第390条第2款规定："行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚"；其三，介绍贿赂罪。《刑法》第392条第2款规定："介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。"行为人只有实施上述三类犯罪行为，才有成立特别自首的可能性。②时间要件。根据以上三个条款的规定，这三类犯罪都必须是行为人在被追诉前主动交待其罪行的，方能成立自首，即其时间条件严格限制为"被追诉前"。

2. "被追诉前"的含义解析

"被追诉前"指尚未因刑法所规定的三种特定犯罪归案时，而主动交待其罪行。具体可以包括两种情况：

（1）犯罪未被发觉，或虽然已被发觉，但尚未受到讯问、尚未采取强制措施时，主动交待这三种特定的犯罪行为。

（2）因其他犯罪已受到讯问、已被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者正在服刑的罪犯主动供述尚未被司法机关掌握的这三种特定的犯罪行为。

需要强调的是，这两种情况均同时符合一般自首制度和余罪自首制度中的时间要件。这时，就出现了一般自首和特别自首、余罪自首和特别自首的竞合，由于一般自首和余罪自首的罚则是"对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中犯罪较轻的，可以免除处罚"，而特别自首的罚则是"可以减轻处罚或

者免除处罚”。总体看来，特别自首的处罚更加轻缓，从有利于被告人的角度考虑，在两种自首制度出现竞合的境况下，应适用特别自首制度。

六、共同犯罪中立功的认定

柴国利案中，二审法院以“柴国利案发后虽然揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但尚不能等同于揭发同案外‘他人’的重大犯罪行为，故对柴国利在本案中的‘立功’表现应予认定，但其‘重大立功’不能成立”，否定了柴国利构成重大立功的可能。分析这一表述可知，二审法院驳回辩护意见的关键在于对“他人”犯罪行为的范围理解与辩护人不同。在共同犯罪中，正确界定“他人”的犯罪行为，也是认定行为人的供述行为能否成立立功的关键。因此，本文以此为进路，解析共同犯罪中的立功问题。

（一）“他人”的范围

关于“他人”的范围，存在多种观点：

（1）“他人”是指检举、揭发者以外的任何人，可以是单位，也可以是自然人，但必须是特定的。由于犯罪分子之间彼此联系相对较多，往往相互了解对方一定的犯罪情况。如果其中有一人归案，其不仅交待了自己的犯罪事实，而且还对其所知道的其他犯罪人的罪行进行揭发，无疑会对司法机关侦破这些案件有所帮助。[①]

（2）“他人”须为与本人所涉案件无关的人员，“同案犯”不属“他人”的范围，同一犯罪集团的人员属于同案犯，故对其犯罪行为的揭发检举不属于揭发检举“他人”犯罪的行为。二审法院认为，“揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但尚不能等同于揭发同案外‘他人’的重大犯罪行为”，可以归为这一观点的范畴。

这两种观点均有失偏颇。第一种观点把“他人”理解为除检举、揭发者以外的任何人的犯罪行为，忽视了在共同犯罪中存在的不同情况，有把“他人犯罪行为”的范围扩大的嫌疑。第二种观点虽然考虑到了共同犯罪的具体情况，但对同一犯罪集团成员的犯罪行为，没有视具体情况的不同加以区分，一概认为不属于“他人”的犯罪行为，这也是不妥当的。

我国《刑法》第 68 条规定，“犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处

---

① 参见解玉环：《关于自首和立功的几个问题的探讨》，载《辽宁公安司法管理干部学院学报》2000 年第 3 期。

罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”《解释》则对“他人犯罪行为”的范围进行了较为详细的诠释。《解释》第5条规定，“根据《刑法》第68条第1款的规定，犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实；提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实；阻止他人犯罪活动；协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；具有其他有利于国家和社会的突出表现的，应当认定为有立功表现。”第6条规定，“共同犯罪案件的犯罪分子到案后，揭发同案犯共同犯罪事实的，可以酌情予以从轻处罚。”以上规定可以概括为两种情况：

（1）共同犯罪中犯罪分子，揭发同案犯共同犯罪事实。这种情况不属于立功，但可以作为酌情从轻处罚的情节。

（2）共同犯罪中犯罪分子，揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪。这种情况属于立功。

《解释》规定的这两种情况均涉及“同案犯”这一概念。根据二审裁定书的表述，“柴国利案发后虽然揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但尚不能等同于揭发同案外‘他人’的重大犯罪行为”，其论证思路似是由于柴国利所揭发的是“同案犯”的犯罪行为，对“同案犯”的揭发不能等同于对同案外的“他人”的揭发，那么，是不是“同案犯”以外的人员方为“他人”？“同案犯”与“他人”的联系与区别何在？

（二）“同案犯”的含义

如何理解“同案犯”的含义，观点不一：

（1）同案犯，指共同参加同一犯罪案件的犯罪分子。笔者查阅了多本法律词典，《法律小辞典》、《法学词典》、《刑事法学词典》均将“同案犯”解释为，“指共同参加同一犯罪案件中的数人之间的相互关系。比如甲、乙二人共同实施杀人罪，甲是乙的同案犯，乙也是甲的同案犯。”[①] 高格等主编的《刑事法学词典》的解释较为详细，“共同参加同一犯罪案件的人。比如甲乙二人共同抢劫，甲是乙的同案犯，乙也是甲的同案犯。有的人认为，只有共同故意犯罪案件中的犯罪人才能称为同案犯，其他案件如过失共同犯罪人则不能称为同案犯。也有的人认为，只要是参与实施同一犯罪案件，无论是故意还是过失，均成立同案犯。”[②]

① 参见《法学词典》编委会编：《法学词典》，上海辞书出版社1984年版，第302页；曾庆敏主编：《刑事法学词典》，上海辞书出版社1992年版，第280页；浦法仁编：《法律小辞典》，上海辞书出版社2002年版，第269页。

② 参见高格、孙占茂主编：《刑事法学词典》，吉林大学出版社1987年版，第65页。

（2）同案犯，指共同参与同一案件的人。① 观点一强调共同参加的是同一犯罪，观点二则只是笼统地指出为同一案件的人，并未强调是否共同参加了同一犯罪。

笔者认为，“同案犯”的含义从词义上理解即可，即法院作为同一刑事案件审理所包含的犯罪嫌疑人、被告人，这一点从法律对同案犯的规定中可以明确。1987 年 3 月 3 日最高人民法院《关于揭发或协助司法机关缉捕其他犯罪分子所指“其他犯罪分子”是否包括共同犯罪中同案犯问题的答复》（以下简称《答复》）中指出：“这里所说的‘其他犯罪分子的重大罪行’指犯罪分子检举揭发了其他案件的犯罪分子的重大罪行或者同案犯中的其他犯罪分子并作它案所犯的重大罪行。至于犯罪分子在交待中检举揭发了其他同案犯罪分子与自己共同实施的罪行，是否作为立功看待，要对具体情况作具体分析，一般视为自首，但有的从犯交待了共同作案的主犯，对破获全案起了重大作用的，也可视为立功”。

细加分析，《答复》将“其他犯罪分子的罪行”分为三种：①其他案件犯罪分子的罪行；②同案中其他犯罪分子作它案的罪行；③同案犯罪分子与揭发者共同实施的罪行。这说明，“同案”是与“其他案件”相对而言的一个概念，“同案犯”指作为同一案件审理的犯罪分子，所以“同案犯”的罪行才可以划分为两部分，即“作它案的罪行”和“与揭发者共同实施的罪行”。而如果“同案犯”仅指共同参加同一犯罪案件的人，那么同案犯的罪行只有与揭发者共同实施的罪行一种，是不能划分为两部分的。所以用各种法律词典的对“同案犯”解释去理解法律的规定，理论上并不顺畅。

“同案犯”的这一含义在《解释》中的体现更加明确。《解释》第 5 条规定立功的表现之一是，“犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实”，第 6 条规定，“共同犯罪案件的犯罪分子到案后，揭发同案犯共同犯罪事实的，可以酌情予以从轻处罚。”这两条规定非常明确地以共同犯罪中已归案的犯罪分子为参照点，将“同案犯”的犯罪行为分为两部分：①同案犯共同犯罪以外的其他犯罪；②同案犯共同犯罪事实。第一部分指同案犯单独实施的或与其他人共同实施的，揭发者并没有参与的罪行，为便于叙述，可简称为“同案犯的其他罪行”。对这一部分罪行的揭发检举，可以适用立功制度。第二部分指同案犯与揭发者共同实施的罪行，可简称为“同案犯的共同罪行”。对这一部分罪行的供述，不能适用立功，只能根据行为人的到案情况，认定为自首或者坦白。

① 参见黄应生：《立功制度的适用》，载《人民司法》1998 年第 2 期。

二审法院认为，柴国利“虽然揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但尚不能等同于揭发同案外‘他人’的重大犯罪行为”，没有区分同案犯所犯罪行的具体情况，认为只要是“同案犯”的犯罪行为，则不属于“他人”的犯罪行为，出现了概念理解上的偏差。对某一犯罪集团所犯的罪行，法院出于诉讼便宜、节约司法成本的考虑，作为一案审理，那么该犯罪集团成员相对于彼此均为同案犯。相对于揭发者而言，同案犯的犯罪行为可分为两个部分：同案犯的共同罪行和同案犯的其他罪行。本案中，柴国利所供述自己所参与的5起犯罪事实中，对共同参与这5起犯罪的其他同案犯在其中所起作用和分工的具体交待，属于如实交待同案犯的共同罪行，不能适用立功制度，只能适用自首，如果是被动归案，则适用《解释》第5条的规定“可以酌情予以从轻处罚”。但是，柴国利对自己并没有参与的另外7起犯罪事实的交待，属于揭发检举同案犯的其他犯罪事实，即《解释》第6条规定的“共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪”的情况，应适用立功制度。

（三）供述“同案犯”罪行的行为性质

共同犯罪中，对“同案犯”罪行揭发行为性质的分析，即是说，在共同犯罪中，共同犯罪人的检举、揭发同案犯的行为在何种情况下属自首、何种行为属坦白、何种行为属于立功。共同犯罪案件中，共同犯罪人在主观上有共同的意思联络，在客观上有共同的犯罪行为。因此，在犯罪人对自己的行为，对其他同案犯的罪行一般都是了解的。因此在向司法机关供述自己参与的共同犯罪事实时，就必然会供述所知道的同案犯的犯罪事实。这就涉及这种供述行为是自首、立功还是坦白的问题。

1. 行为人成立自首或坦白时的供述义务

通常认为，共同犯罪分子自首时，不仅要交待自己的犯罪活动，而且还要交待其所知共犯的犯罪活动。各种共同犯罪人自首时所要供述的自己的罪行的范围，与其在共同犯罪中所起的作用和具体分工是相适应的。

（1）主犯所应供述的罪行的范围。主犯可以分为首要分子和其他主犯。其中，首要分子必须供述的罪行，应包括其组织、策划、指挥作用所及或支配下的全部罪行；其他主犯必须供述的罪行，应包括其在首要分子的组织、策划、指挥的支配下，单独实施的共同犯罪的罪行，以及与其他共同犯罪人共同实施的犯罪行为。

（2）从犯应供述的罪行。从犯可以分为次要的实行犯和帮助犯。其中，次要的实行犯必须供述的罪行，应包括犯罪分子自己所实施的犯罪，以及与自己共同实施犯罪的主犯和胁从犯的犯罪行为；帮助犯必须供述的罪行，包括自己实施的

犯罪帮助行为，以及自己所帮助的实行犯的犯罪行为。

（3）胁从犯应供述的罪行范围。包括自己在被胁迫之下所实施的犯罪，以及自己所知道的胁迫自己犯罪的胁迫人所实施的罪行。

（4）教唆犯所应供述的罪行范围。包括自己的教唆行为，以及所了解的被教唆人产生犯罪意图之后所实施的犯罪行为。

总之，共同犯罪人在自首时所供述的罪行，应当包括自己实施的犯罪行为，以及自己确实了解的、与自己的罪行密切相关的其他共同犯罪人的罪行。这是由共同犯罪的特性和自首的性质决定的。[①] 由于认定自首和坦白都要求行为人如实供述，关键区别在于行为人供述的主动性或被动性的不同，那么，被动归案的情况下，认定行为人成立坦白时，其应当供述的范围可以参照以上共同犯罪人成立自首时所应供述的范围进行界定。

结合本案情况，柴国利属于一般主犯。一般主犯作为实行犯的一种，其犯罪事实包括两种：一种是单独实施的共同犯罪行为，指受集团首领指派而单独实施的犯罪和在教唆犯教唆下实施的犯罪。在这种情况下，犯罪人自首时不仅要主动交待自己独立实施的犯罪行为，而且还要交待是由谁指使或教唆的。指派人或者教唆人的犯罪行为，不属于实行犯所犯罪行的范畴，从形式上看，这种交待行为属于揭发他人的犯罪行为，应为有立功表现。但是指派人或教唆人的指派或教唆行为是实行犯的犯意产生并进而实施犯罪的直接原因，两者之间有内在的因果关系，实行犯不交待指派人或者教唆人的犯罪行为，就不可能真正交待清楚自己的犯罪事实。所以对指派人或教唆人的犯罪行为的供述，应当认定为自首，而不应当认定为立功。另一种是和他人一起共同直接实施犯罪行为。在这种情况下，犯罪人不仅要交待自己直接实施的那一部分犯罪，而且还要交待与自己一同实施犯罪的其他人实施的犯罪行为。[②] 由以上分析，可以看出，在柴国利所参与的 5 起犯罪事实中，柴国利对指派人杨天勇、肖林指派行为应予以如实供述，对共同实行犯滕典东、肖力、左曙光、杨明才等人共同参与犯罪的情况也应当如实供述。但是，柴国利对其没有参与的其他 7 起犯罪事实的供述，是不能归于自首或坦白的性质的，自首或坦白供述义务的范围不含这 7 起犯罪事实，所以，在符合立功其他条件的情况下，柴国利对这 7 起犯罪事实的供述，属于检举揭发同案犯的其他犯罪事实，属于立功性质。

2. 行为人对自己罪行和“同案犯”罪行供述行为的性质研讨。在共同犯罪

① 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 390—391 页。

② 参见杨敦先等主编：《新刑法施行疑难问题研究与适用》，中国检察出版社 1999 年版，第 321 页。

中，行为人对自己罪行的供述和对“同案犯”罪行的供述往往是交织在一起的，所以，其供述行为的性质也往往比较复杂。行为人对自己罪行或对同案犯罪行的供述行为，是成立自首、坦白还是立功，应根据具体情况，具体分析，区别对待。

（1）揭发者自动投案后，在供述自己的犯罪行为时又揭发同案犯与自己所犯的同一罪行，即同案犯的共同罪行的，成立自首，不构成立功。从立功的特征来看，立功的内容具有与自己的犯罪无关联性。所谓与自己犯罪无关联性，就是向司法机关揭发的其他犯罪活动，不是自己参与实施的，即与自己的犯罪行为无关。这种无关联性是针对检举、揭发行为构成立功的情况而言的。对犯罪分子协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人而言，则不要求这种无关联性。协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人构成立功，之所以包括协助抓捕同案犯的情况，本质上不是因向司法机关提供了同案犯的犯罪情况，而是基于行为人向司法机关提供了同案犯的住址、外貌特征、行踪以至于带领司法人员将同案共犯抓捕归案，这种协助行为已经超出了揭发检举本案同案犯罪行的范围，正是这一点上行为人的行为体现了与自己的犯罪无关联性。

（2）揭发者被动归案后在如实供述自己的司法机关尚未掌握的不同种罪行，并揭发同案犯的这一共同罪行的，则属于余罪自首，不属于立功。余罪自首，即是指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人的其他罪行。“本人的其他罪行”除包括本人单独实施的其他罪行外，还应包括本人和他人共同实施的其他罪行，即与同案犯所犯的共同罪行。后一种情况之所以不能成立立功，是因为在与同案犯共同犯罪的情况下，如实供述自己的罪行时必须要牵涉到同案犯，如果不交待同案犯的罪行，就无法讲清自己所参加的共同犯罪的情况，此时，供述自己的罪行，同时交待同案犯的犯罪行为，实质上是对同一犯罪行为的供述，因此只能认定为自首，不能认定为立功。但是，假如犯罪人不仅供述了同案犯的共同罪行，而且采取了进一步的行为，协助司法机关抓捕了同案犯，此时也可以成立立功。

（3）揭发者被动归案后在如实交待自己的已被司法机关掌握的犯罪行为时又揭发同案犯这一共同犯罪事实的。这种情形应当属于坦白，不是立功。因为这种情形符合坦白的基本特征。坦白是指犯罪分子被动归案以后，自己交待自己被司法机关掌握的犯罪事实的行为。[①] 其有如下三个特征：①犯罪分子被动归案；②犯罪分子交待的是司法机关已掌握的犯罪事实，也就是使犯罪分子被动归案所依

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第3卷），中国人民大学出版社1993年版，第373页。

据的犯罪事实；③犯罪分子客观、如实、全面、彻底地待自己事实的犯罪事实，当然也应该包括与他人共同实施的犯罪行为。这种情况完全符合坦白的特征，故应该认为坦白。我国刑法对坦白未作规定，《解释》第 6 条将这种情形作为酌情从轻处罚的情节，即“共同犯罪案件的犯罪分子到案后，揭发同案犯共同犯罪事实的，可以酌情予以从轻处罚。”

(4) 揭发检举同案犯单独实施的或与其他人共同实施的与揭发者无关的罪行，即同案犯的其他罪行，应视为立功。这一情况即《解释》第 5 条规定的情形。因为同案犯的其他罪行，属于“揭发他人的犯罪行为”，不属于立功者应坦白的范围，若查证属实，应依法认定为立功。

(5) 犯罪分子在坦白自己的罪行时，交待了同案犯，并协助司法机关抓获了这一同案犯，但经查，认定其协助抓获的人是同案犯的证据不足，但却有证据证明，被抓获的人是公安机关通缉的重大犯罪分子，这种情况应认定为立功，因为这属于协助司法机关抓获了其他犯罪分子，不论这一犯罪分子是同案犯，还是与自己无关的罪犯，均应认定为立功。

(6) 犯罪分子在交待自己及同案犯的共同罪行后，又提供了同案犯的活动地点、活动规律等，根据其提供的情况，公安人员抓获了同案犯的，这种情况也应认定为立功。因为交待自己的罪行和同案犯与自己有关的罪行，并不包括必须交待同案犯犯罪以后的活动规律、活动地点等，如果交待了，且据此抓获了其他犯罪分子，应认定为立功。

(7) 司法实践中，有的犯罪分子没有投案自首，但却向司法机关揭发检举了同案犯并协助司法机关将同案犯抓获归案，而后畏罪潜逃，又被抓获归案。在这种情况下，不论犯罪分子是否投案自首或外逃，如果只揭发检举同案犯与自己所犯的同一罪行不应认定为立功，但如果协助司法机关缉捕了其他犯罪分子，则应认定为立功。

(四) 供述“同案犯”的共同罪行应否成立立功

根据 1987 年 3 月 3 日最高人民法院《关于揭发或协助司法机关缉捕其他犯罪分子所指“其他犯罪分子”是否包括共同犯罪中同案犯问题的答复》的规定：“这里所说的‘其他犯罪分子的重大罪行’指犯罪分子检举揭发了其他案件的犯罪分子的重大罪行或者同案犯中的其他犯罪分子并作它案所犯的重大罪行。至于犯罪分子在交待中检举揭发了其他同案犯罪分子与自己共同实施的罪行，是否作为立功看待，要对具体情况作具体分析，一般视为自首，但有的从犯交待了共同作案的主犯，对破获全案起了重大作用的，也可视为立功”。由此可见，在共同犯罪中主犯和从犯对“其他犯罪分子的重大罪行”的交待性质是不同的，主犯的

交待一般视为自首，而从犯对主犯罪行的交待则视为立功。也就是说，共同犯罪中，主犯以外的其他共同犯罪人存在立功的可能性，即从犯交待共同犯罪中的主犯，对破获全案起了重大作用的，可以成立立功。

1998年4月6日最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称为《解释》）基本持与以上观点同样的观点，同时作了更严格的限定，即否定了“从犯交待共同作案的主犯，对破获全案起了重大作用的，也可视为立功”的情况。其规定共同犯罪案件中的犯罪分子必须是揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实的，才可以成立立功。但共同犯罪案件的犯罪分子到案后检举揭发同案犯在共同犯罪中的事实的，可以酌情从轻处罚，即这种揭发行为只能作为裁量时的酌定量刑情节予以考虑，而不是作为法定从轻情节予以法律评价的。上述司法解释和传统观点实际上排除了共同犯罪中立功的可能性，即只有检举、揭发共同犯罪人实施的共同犯罪以外的其他犯罪行为，才可能成立立功。

那么共同犯罪中尤其是在特殊的情况下，如犯罪集团中，共犯检举、揭发同案犯的行为是否应该存在立功的可能性，如果存在，那么其成立有无合理性?

犯罪集团，特别是重大犯罪集团其内部组织严密，分工明确，一般以犯罪为业，且其犯罪手段复杂、诡秘，逃避侦察的能力强，对社会危害特别大，具有疯狂的破坏性，历来是刑法打击的重点。如果按一般共同犯罪中的情况分析，严格控制犯罪人成立立功的条件，不利于鼓励重大犯罪集团的成员立功，不利于对重大犯罪集团的分化瓦解，不符合刑事政策的需要。故笔者建议对重大犯罪集团的成员立功的认定，适用较之一般共同犯罪更为宽松的条件。具体分析如下：

（1）首要分子。首要分子对整个犯罪集团起组织、策划、指挥作用，对不同犯罪人的分工十分了解，其向司法机关自首时，必须交待所有的情况才称得上如实供述自己的罪行。一般共犯中起到组织、策划、指挥作用的主犯自首时也必须供述其他犯罪分子的罪行。这两种情况的主犯，由于其特定的情况，决定了他们极少有立功的可能性。

（2）一般主犯。与组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的主犯相比，这种在共同犯罪中起主要作用的一般主犯，对其他犯罪人的犯罪情况不一定十分清楚，尤其在有组织共同犯罪中，由于犯罪活动的组织严密，分工较细，一般主犯对其他犯罪分子的犯罪情况可能知之不多甚至一无所知，所有的犯罪分子只是共同听命于一个绝对权威，只是负责各自的犯罪环节，而不确知其他的犯罪情况。这种情况下，犯罪分子不仅向司法机关供述了自己所犯的罪行，而且向司法机关检举揭发了其他犯罪分子的犯罪情况，并经查证属实；或者提供重要线索使司法机关得

以破获整个犯罪集团的，应该认定为立功。

（3）从犯与胁从犯。从犯与胁从犯在重大犯罪集团中，往往只是一般的成员，地位较低，对共同犯罪所起的作用也不大。如果重大犯罪集团的某一成员落网后，揭发该集团的犯罪事实，交待出同案犯是谁，并详细供述出其参与的共同犯罪的情况，从而暴露并使司法机关侦破了该重大犯罪集团，这一功劳很大，因为犯罪集团内部有严密的组织纪律，其向公安机关揭发，往往要冒极大的危险。另外，由于犯罪集团具有极强的反侦察能力，通常情况下，司法机关破获犯罪集团要花费很大的司法成本，犯罪人的揭发的行为，也使得司法成本得到了较大节约。因此，这种行为应当认为是一种特殊形式的立功，以立功论。

（五）柴国利是否成立重大立功

综合上文的分析，重新回到本案。

从柴国利所供述的同案犯的罪行的种类分析，柴国利对自己并没有参与的另外7起犯罪事实的交待，属于揭发检举同案犯的其他犯罪事实，即《解释》第6条规定的“共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪”的情况，应适用立功制度。

从柴国利归案后所应负的供述义务分析，柴国利属于一般主犯，其不负供述集团成员所犯全部罪行的义务，因此，柴国利对自己没有参与的另外7起犯罪事实的供述，不属于其所负供述义务的范围，属于立功性质。

由此可见，对柴国利应适用立功制度。那么，柴国利是成立一般立功，还是重大立功?

《解释》第7条明确规定，“犯罪分子到案后有检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实；提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实；阻止他人重大犯罪活动；协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人（包括同案犯）；对国家和社会有其他重大贡献等表现的，应当认定为有重大立功表现。前款所称‘重大犯罪’、‘重大案件’、‘重大犯罪嫌疑人’的标准，一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等情形。”由此可见，一般立功和重大立功是根据犯罪分子揭发并查实和提供线索并侦破的他人犯罪案件的轻重程度不同来区分的，区分的标准不是犯罪分子所检举、揭发的犯罪行为是否是“他人”的犯罪行为，而在于其检举、揭发的是否是重大犯罪行为、提供的是否是侦破重大案件的线索、协助司法机关抓捕的是否是重大犯罪嫌疑人，关键点落在“重大”两字上。一般立功表现，是指犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等行为，一般立功中的揭发他人的犯罪行为，侦破的其他案件，不要求

是重大罪行及重大案件，只要是犯罪行为，构成刑事犯罪案件即可。何为“重大”，《解释》的规定也非常明确：“重大犯罪”、“重大案件”、“重大犯罪嫌疑人”的标准，一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等情形。本案中，柴国利所检举、揭发的犯罪人全部被处以死刑，他们的犯罪行为在云南省乃至全国都造成了恶劣影响，完全符合《解释》中所规定的“重大犯罪”、“重大案件”、“重大犯罪嫌疑人”的标准，所以，应当认为柴国利构成重大立功。对这一问题，二审法院的认定是，“柴国利案发后虽然揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但尚不能等同于揭发同案外‘他人’的重大犯罪行为，故对柴国利在本案中的‘立功’表现应予认定，但其‘重大立功’不能成立。”二审法院的判决理由和结论没有因果关系，即由该判决理由不能推出柴国利的行为应成立立功，而不成立重大立功的结论。另外，这一判决理由对一般立功和重大立功的界限的把握，与《解释》的规定也有所偏差。根据本案的具体情况，如果认定柴国利成立立功，那么，根据《解释》的规定，在柴国利的行为符合立功制度规定的前提下，由于其同时具备检举揭发他人重大犯罪行为的条件，对柴国利的行为必然应当认定为成立重大立功。

七、结语

综合本文的论述，自首制度可以分为三种类型：一般自首、余罪自首和特别自首。就不同类型自首的时间界限来说，一般自首中的“未被发觉”指犯罪事实和犯罪人均未被司法机关发觉或者犯罪事实已被发觉，但尚未查清犯罪人或者罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育等情况。其中“形迹可疑型”自首可以从司法机关已掌握线索的最低量的要求和行为人供述的主动性两个方面来认定。余罪自首中的“还未掌握”可以从司法机关是否已经掌握了线索和掌握线索的程度两个方面考虑，如果线索已被掌握，并有一定证据证明该在案人可能犯有某罪，需要追究刑事责任时，即为罪行已被掌握。特别自首中的“被追诉前”指行为人尚未因刑法所规定的三种特定犯罪归案时，而主动交待其罪行。当出现特别自首和一般自首、余罪自首的竞合时，依有利于被告人的原则，适用罚则更为轻缓的特别自首制度。就本案而言，柴国利到案后对司法机关已经掌握了重要证据的4·23案的供述，不属于自首。但是其对所参与的其他犯罪的供述，属于供述司法机关还未掌握的其他犯罪，可以成立余罪自首。

在共同犯罪中，共同犯罪人对其他“同案犯”罪行的供述可以分为两个部

分，①同案犯的共同犯罪事实；②同案犯的其他犯罪事实。前者不属供述“他人”的犯罪行为，只能作为酌定从轻情节。后者属于供述“他人”的犯罪行为，可以适用立功制度。对一般立功和重大立功的界定，《解释》规定了明确的判断标准，即“重大犯罪”、“重大案件”、“重大犯罪嫌疑人”，一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等情形。就本案分析，被告人柴国利对自己所参与的5起犯罪中其他同案犯犯罪行为的供述，属于供述同案犯的共同罪行，不成立立功，其供述属于成立自首或坦白时供述义务的一部分。但是，其对自己未参与的另外7起犯罪的供述，属于供述同案犯的其他犯罪事实，应成立立功。由于这7起犯罪属于《解释》所规定的“重大犯罪”，所以对柴国利应认定成立重大立功。

（撰稿人　孔静*）

* 北京市房山区人民检察院，法学硕士。

附录一：

云南省昆明市中级人民法院
刑事判决书

（2000）昆刑初字第515号

公诉机关：云南省昆明市人民检察院

被告人杨天勇，男，汉族，1957年7月8日出生，出生地云南省禄丰县，身份证号532331570708381，初中文化，原系昆明铁路公安局民警，住昆明市八公里到达场宿舍39幢201室。2000年6月20日因本案被刑事拘留，同年7月21日被逮捕。现押于昆明市公安局第一看守所。

被告人肖林，化名夏彬，男，汉族，1960年5月22日出生，出生地黑龙江省林口县，身份证号230805196005220631，初中文化，无职业，住佳木斯市东风区四十九委2组95号。2000年6月21日因本案被刑事拘留，同年7月21日被逮捕。现押于昆明市第二看守所。

指定辩护人孟新丽，法务律师事务所律师。

被告人杨明才，绰号老付，男，汉族，1956年7月2日出生，出生地云南省双柏县，身份证号53232219560702001x，小学文化，农民，住云南省双柏县妥甸镇小村办事处中大田村。2000年6月21日因本案被刑事拘留，同年7月21日被逮捕。现押于昆明市五华公安分局看守所。

辩护人彭永峰，春城律师事务所律师。

被告人滕典东，男，汉族，1973年5月21日出生，出生地辽宁省大连市，身份证号210211730521l453，高中文化，无职业，住大连市甘井子区营城子村南岗子563号02。2000年6月19日因本案被刑事拘留。同年7月21日被逮捕。现押于昆明市盘龙公安分局第一看守所。

辩护人王明强、王晓雪，震序律师事务所律师。

被告人左曙光，化名吴峰，男，汉族，1968年10月12日出生，出生地山东省莱阳市，身份证号210203681012479，初中文化，无职业，住辽宁省大连市西岗区福安街7号。2000年6月19日因本案被刑事拘留，同年7月21日被逮捕。

现押于昆明市盘龙公安分局第二看守所。

指定辩护人杨清，华汇律师事务所律师。

被告人肖力，绰号老三，男，汉族，1972 年 10 月 1 日出生，出生地云南省昆明市，身份证号 230805197210010638，中专文化，原系黑龙江省佳木斯市化工厂职工，住佳木斯市前进区二十九委 5 组 9 号。2000 年 6 月 21 日因本案被刑事拘留，同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市官渡公安分局看守所。

指定辩护人朱玉昌，照耀律师事务所律师。

被告人柴国利，绰号二利，男，汉族，1974 年 7 月 3 日出生，出生地黑龙江省佳木斯市，身份证号 230805197407030616，初中文化，无职业，住佳木斯市前进区八十四委 1 组 84 号。2000 年 6 月 21 日因本案被刑事拘留，同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市官渡公安分局看守所。

辩护人孙涤生、何金荣（引者注：应为“容”），云元律师事务所律师。

云南省昆明市人民检察院于 2000 年 9 月 29 日以［2000］昆检刑起（一）字第 141 号起诉书指控被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、柴国利、肖力犯有故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪、抢劫枪支弹药罪，被告人左曙光犯有故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪，被告人杨天勇还犯有私藏弹药罪，向本院提起公诉。在诉讼过程中，附带民事诉讼原告人向本院提起附带民事诉讼。本院依法组成合议庭，于 2000 年 10 月 18 日至 10 月 20 日公开开庭进行了合并审理。昆明市人民检察院指派检察员李光辉、代理检察员王海天、张持恒出庭支持公诉；附带民事诉讼原告人及其委托代理人，被告人杨天勇等 7 名被告人及其辩护人孟新丽、彭永峰、王明强、王晓雪、杨清、朱玉昌、孙涤生、何金容，鉴定人马卫民、苑雷、李文寿、樊子民、李世剑、赵家星、李军、李俊麟、李仕义、邢豫明、梅昆、鲁新祥到庭参加诉讼；被告人杨天勇拒绝法庭为其指定辩护人，当庭表示自己行使辩护权。本案现已审理终结。

根据本案具体情况，附带民事诉讼部分本案将另行判决。

昆明市人民检察院指控被告人杨天勇、肖林于 1997 年初相互勾结，预谋通过犯罪敛取钱财，并分别先后纠集了被告人杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利等人结成团伙，冒充军警执勤人员，采取暴力、欺骗等手段，抢劫枪弹和汽车、故意杀人、盗窃车辆、藏匿弹药，在 1997 年 4 月 16 日至 2000 年 5 月 31 日期间，共作案 25 起，杀死 19 人，杀死 1 人，抢劫手枪 2 支，抢劫、盗窃奔驰、三菱、桑塔纳、长安、昌河等型机动车 21 辆以及移动电话、首饰、现金等财物。具体犯罪行为如下：

1. 1997 年 4 月 16 日，被告人肖林、滕典东、柴国利、杨天勇在五华体育馆

杀死杨卫东后，抢走装有人民币现金 20 000 元的旅行包 1 个；

2. 1997 年 11 月 14 日凌晨 4 时许，被告人杨明才、滕典东、左曙光、杨天勇在小板桥经济开发区持“五四”式手枪枪杀联防人员赵洪才、彭建昌，将联防人员尹正华枪击致轻伤；

3. 1998 年 6 月 9 日，被告人杨明才、滕典东在晋宁县晋城镇将被害人王芬诱骗上车后杀死，将尸体抛于呈贡县昆洛公路大渔乡月角办事处太平关村新河沟内；

4. 1997 年 7 月 10 日，被告人杨天勇、肖林、肖力、柴国利在禄丰县城附近用匕首将周国祥刺死，抢走其枪号为 29062326 的“五四”式配枪 1 支及子弹 13 发；

5. 1998 年 4 月 20 日 20 时许，被告人杨天勇、杨明才、滕典东在昆明市海埂路与西山索道之间路旁冒充缉毒警察，抢走王俊波的枪号为 1605825 的“七七”式手枪 1 支，并枪杀王俊波和王晓湘；

6. 1997 年 9 月 21 日，被告人杨天勇、杨明才、肖林、柴国利、左曙光、滕典东、肖力在本市民航路四〇三厂附近冒充缉私警察，劫持刀国兴驾驶的云 A86207 六缸三菱车，将刀国兴杀死后抛尸于路边窨井内；

7. 1999 年 3 月 6 日 21 时许，被告人杨天勇、杨明才、滕典东、左曙光在昆交会东门外公路上，冒充执勤警察劫持吴峰、耿琼仙驾乘的云 K08465 尼桑公爵王轿车，在官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库内将吴峰、耿琼仙杀死后毁尸灭迹；

8. 1999 年 3 月 19 日，被告人杨天勇、杨明才、肖林、滕典东、左曙光在官渡区关上镇双福路银海花园旁，冒充警察持枪劫持李双全驾驶的贵 F70540 六缸三菱吉普车，在官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库内将李双全杀死后毁尸灭迹，并将车辆销赃；

9. 1999 年 4 月 18 日，被告人杨天勇、杨明才、肖林、滕典东、左曙光在昆华医院停车场，冒充警察持枪劫持冯毅驾驶的三菱吉普车，在官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库内将冯毅杀死后毁尸灭迹，并将所抢车辆销赃，尔后持劫取的冯毅牡丹卡，先后两次取款1 400元；

10. 1999 年 6 月 7 日，被告人肖林、左曙光、肖力在贵昆公路牛街庄附近，冒充警察劫持张康驾驶的云 AA7202 三菱吉普车，在西山区明朗水库旁空指养殖场内将张康杀死后毁尸灭迹，并将车辆销赃；

11. 1999 年 6 月 15 日，被告人杨天勇、杨明才、滕典东在昆明市大白庙附近，冒充执勤警察劫持李亚鹏驾驶的云 A92153 号桑塔纳 2000 型轿车，在官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库内由杨天勇持“七七”式手枪将李亚鹏杀死后毁

尸灭迹，并将车辆销赃；

12.1999年12月24日晚，被告人杨天勇、杨明才、滕典东冒充执勤警察，在本市八公里昆船集团附近劫持王朝能、曾国祥驾乘的三菱吉普车，在昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内，将王朝能、曾国祥杀死后毁尸灭迹，并将车辆销赃；

13.2000年4月23日，被告人杨天勇、杨明才、滕典东、柴国利冒充警察对王春所驾驶的云A98812六缸三菱吉普车进行跟踪后，在关上路与关南路交叉口附近将其劫持，在昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内，将王春所杀死后毁尸灭迹，抢劫了王春所的V998型手机、充电器、手表、金戒指等物品，并将车辆销赃；

14.2000年5月31日，被告人杨天勇、杨明才、滕典东、左曙光冒充警察，在石安公路冰箱厂岔路口附近劫持王元福、朱昆驾乘的辰L70039号黑色奔驰S320轿车，在昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内，将王元福、朱昆杀死后毁尸灭迹，并将车辆销赃，持劫取的朱昆的中国建设银行云南省分行滇龙支行储蓄卡，先后两次提取现金共5 200元。

公诉机关同时指控被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利于1997年6月至2000年5月期间，盗窃作案11次，盗得各型机动车辆12辆，共价值人民币40.52万元。

公诉机关还指控被告人杨天勇在昆明铁路液化气公司羊方凹供气站其住房内私藏TNT火药0.8公斤，导火索2.27米，军用电雷管2枚，铜壳火雷管7枚，纸壳火雷管21枚，拉火管6枚，木柄手榴弹10枚，发烟手榴弹2枚，“五一”式手枪弹310发，“六四”式手枪弹147发，“五九”式手枪弹16发，半自动步枪弹430发。

公诉机关认为，被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、柴国利、肖力的行为已构成故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪、抢劫枪支弹药罪；被告人左曙光的行为已构成故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪；被告人杨天勇的行为还构成私藏弹药罪，均应依法惩处。

公诉机关对指控被告人的上列犯罪事实，向法庭出示了下列证据：

关于杨卫东被害案

1. 报案材料，报案人陈华明证实于1997年4月21日在五华体育馆车场内停放的1辆吉普车上发现尸体；

2. 公安机关现场勘查笔录及尸体检验报告，证实该车的停放位置，车内男尸的原始状况及该男尸系遭钝器打击头部，被单刃锐器刺破肺脏，致血气胸并失

血性休克死亡；

3. 辨认笔录，证实辨认人杨跃东（被害人杨卫东之兄）、王晓平辨认出该男尸系被害人杨卫东；

4. 证人苏昆的证言，证实 1997 年 4 月 16 日 13 时许，杨卫东及其所驾驶的牌照为云 A07420 的墨绿色警兴吉普车在春苑小区内人车失踪，以及杨卫东随身携带的物品情况；

5. 被告人肖林、柴国利、滕典东、杨天勇所作供述，相互印证，与上述证据相吻合，证实了四被告人在春苑小区劫车及杀害杨卫东，抛车抛尸于五华体育馆停车场的事实。

关于周国祥被害案

6. 报案材料，证实禄丰县农具厂保卫干部周国祥于 1997 年 7 月 10 日 17 时 30 分下班后失踪，失踪时携带有 1 支配发的“五四”式手枪，枪号为 29062326；

7. 报案记录，证实禄丰县羊老哨村村民刘世忠于 1997 年 7 月 14 日在羊老哨坡公路边草丛中发现 1 具尸体；

8. 公安机关现场勘查笔录及尸检报告，证实尸体的位置、原始状态及衣着等情况，以及该男尸系被用锐器刺中胸背部，致心肺贯通伤，创伤失血性休克死亡；

9. 辨认笔录，证实辨认人周灿南辨认出该男尸系被害人周国祥；

10. 现场勘查笔录，证实公安机关于 2000 年 6 月 19 日在官渡区明朗水库空指养殖场被告人肖林的住处提取到该枪号为 29062326 的“五四”式手枪；

11. 被告人杨天勇、肖林、柴国利、肖力对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上述证据相吻合，证实了四被告人在禄丰县杀死周国祥及抢枪的事实。

关于刀国兴被害案

12. 新平县政府的报案材料，证实刀国兴于 1997 年 9 月 21 日送县政府领导到昆明学习，在昆明人车失踪，并证实失踪车辆的特征；

13. 官渡区金刀营办事处村民杨森的报案材料，证实 1997 年 10 月 3 日在路边窨井内发现 1 具男尸；

14. 公安机关现场勘查笔录及尸检报告，证实抛尸现场的位置及尸体的原始状况，并证实该男尸死因为机械性窒息死亡；

15. 公安机关刑事科学技术鉴定，经用从该男尸头部提取的头发与刀国兴的母亲提供的静脉血进行 DNA 鉴定，证实该男尸为被害人刀国兴；

16. 物证，从被告人柴国利父亲柴树处提取的柴国利带回家中的剃须刀、金戒指，经被害人亲属辨认，确系刀国兴的物品；

17. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该三菱吉普车勘估价为42.2万元；

18. 被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上述证据相吻合，证实七名被告人劫车及杀死刀国兴的事实。

关于枪杀赵洪才、彭健昌，枪伤尹正华及追杀柏怀昌案

19. 联防队员尹正华、柏怀昌的报案材料，证实1997年11月14日凌晨4时许，与另外两名联防队员赵洪才、彭健昌在昆明经济开发区小板桥附近巡逻时，因盘查一辆可疑汽车，被一男子持手枪射击，当场打死彭健昌、赵洪才，打伤尹正华并追杀柏怀昌的事实；

20. 公安机关现场勘查笔录及尸检报告，证实在案发现场提取到“五一”式子弹壳7枚，弹头1枚，并证实彭健昌、赵洪才系枪弹击中头部、胸部死亡的事实；法医鉴定证实尹正华被枪击构成轻伤；

21. 刑事科学技术鉴定，证实射杀彭健昌、赵洪才及射伤尹正华的枪支系枪号为29062326的“五四”式手枪；

22. 被告人杨天勇、杨明才、左曙光、滕典东对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上述证据吻合，证实四被告人持枪杀死、杀伤联防队员的事实。

关于王俊波、王晓湘被害案

23. 报案材料，证实思远科技工贸有限公司员工杨晓辉于1998年4月21日，发现停放在该公司门外的1辆牌照号为云OA0455的昌河微型车内有尸体，即打电话报案；

24. 公安机关现场勘查笔录，证实该抛尸地点的车辆停放情况、昌河车内两具尸体的原始状态，身份以及从车内提取的“六四”式手枪弹壳、弹头各2枚；尸检报告证实车内的被害人王俊波、王晓湘均系胸部中弹，致开放性血气胸合并心肺脏器破裂死亡；

25. 刑事科学技术鉴定，证实射杀王俊波、王晓湘的手枪系路南县公安局配发给王俊波的“七七”式手枪，枪号为1605825；

26. 路南县公安局证明材料。证实该局配发了枪号为1605825的“七七”式手枪及机号为1874884的索尼M425采访机给王俊波使用；

27. 公安机关提取笔录，证实从被告人杨天勇的保险柜内及其住处提取枪号为1605825的“七七”式手枪，机号为1874884的索尼M425采访机；

28. 证人陈红玲（系王俊波之妻）的证言，证实王俊波于1998年4月20日中午驾车到昆明后即与家人失去联系，下落不明；

29. 被告人杨天勇、杨明才、滕典东对此节作案地点、杀人手段及抛尸等情

况所作供述，相互印证，与上述证据相吻合，证实三被告人劫枪及杀死王俊波、王晓湘的事实。

关于王芬被害案

30. 报案人朱慧仙的证言，证实其于 1998 年 6 月 10 日在路边新河里发现 1 具女尸；

31. 公安机关现场勘査笔录及尸检报告，证实发现尸体的位置、现场情况、女尸的衣着特征，以及该女尸死因为遭暴力侵害后溺水死亡；

32. 辨认笔录，证实辨认人王家祥辨认出该女尸系其女儿王芬；

33. 证人李世兵的证言，证实其女友王芬于 1998 年 6 月 9 日 21 时许与其分手后即失去联系，下落不明；

34. 辨认笔录，证实被告人杨明才、滕典东从多张照片中辨认出被害人王芬的照片；

35. 被告人杨明才、滕典东对此节犯罪事实所作供述和对抛尸现场的指认，与上列证据相互印证，并证实杀死王芬是按照被告人杨天勇、肖林的授意杀人练胆。

关于吴峰、耿琼仙被害案

36. 报案材料，报案人丁文明证实，1999 年 3 月 6 日晚，吴峰驾驶牌照号为云 K08465 的尼桑公爵王轿车，将丁送到高原明珠大酒店，当晚发现吴峰及车辆失踪，同时证实吴峰有一女友叫耿琼仙；

37. 证人沈俊花的证言，证实耿琼仙认识一个叫吴×峰的人，驾驶 1 辆黑色轿车，以及耿琼仙 3 月份的某天外出后下落不明；

38. 被告人左曙光供述，此次劫车杀人后，他便使用吴峰的驾驶证，并化名吴峰；

39. 陕西省镇巴县交警大队的情况说明，证实 1999 年 3 月 9 日在镇巴县境内扣押了左曙光、滕典东等人驾乘的牌照号为云 K08465 的尼桑公爵王轿车；

40. 刑事科学技术鉴定，证实陕西省镇巴县交警大队移交的询问左曙光、滕典东笔录上的签字及指印，确系本案被告人左曙光、滕典东的笔迹和指印；

41. 证人叶小雨的证言，证实陕西省镇巴县交警大队移交的牌照号为云 K08465 的尼桑公爵王轿车系吴峰失踪时所驾车辆；

42. 辨认笔录，证实被告人杨天勇从多张照片中辨认出被害人吴峰的照片；

43. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该尼桑公爵王轿车的勘估价为 26.3 万元；

44. 被告人杨天勇、杨明才、滕典东、左曙光对此节犯罪事实所作供述，相

互印证，与上列证据相吻合，证实四被告人于1999年3月6日劫持车辆，杀死驾驶该车的吴峰及同行的1名女青年的事实。

关于李双全被害案

45. 报案材料，报案人李金全证实其弟李双全于1999年3月19日上午10时许，驾驶牌照为贵F70540的墨绿色三菱吉普车，从本市裕辉综合市场外出即人车失踪；

46. 证人周亭酉的证言，证实1999年5月从被告人杨天勇处购买过一辆墨绿色三菱吉普车；

47. 公安机关提取笔录，证实根据被告人杨天勇的供述，从贵州省查缴到该三菱吉普车；从被告人杨明才处查缴黑色西服1套、黑色皮鞋1双；

48. 辨认笔录，证实辨认人李金全从公安机关查缴到的扣押物品中，辨认出李双全失踪前所驾的三菱吉普车，辨认出从杨明才处查获的西服和皮鞋系李双全的衣物；

49. 辨认笔录，证实被告人杨天勇、肖林、滕典东、左曙光均分别从多张照片中辨认出被害人李双全的照片；

50. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该三菱吉普车勘估价为24.6万元；

51. 被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上列证据相吻合，证实五被告人劫车及杀死李双全的事实。

关于冯毅被害案

52. 云南省民族事务委员会保卫科报案材料，证实冯毅于1999年4月18日上午10时许，驾牌号为云A95371的墨绿色三菱吉普车前往昆华医院接人时失踪；

53. 证人杨红艳的证言，证实1999年4月18日上午，她打电话叫冯毅到昆华医院，但冯毅未到，此后冯毅即下落不明；

54. 被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光对在昆华医院停车场劫持冯毅所驾车辆的事实所作供述，在劫车时间、地点等情节上相互印证；

55. 公安机关的提取笔录，证实从被告人杨天勇住处提取到对冯毅的“询问笔录”1份；从被告人杨明才处提取到方格短袖衬衫1件；从收赃人王海处追回三菱V6吉普车1辆；

56. 公安机关笔迹鉴定，证实从被告人杨天勇住处提取的对冯毅的“询问笔录”确系杨天勇书写；证人秦瑞遥辨认出从被告人杨明才住处提取的方格衬衫确系其子冯毅失踪前所穿衣服；证人刘立明辨认出从王海处追缴回的三菱V6吉普车确系冯毅失踪前所驾车辆；

57. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该三菱 V6 吉普车勘估价为 45.7 万元；

58. 被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上述证据相吻合，证实五被告人劫车及杀死冯毅的事实。

关于张康被害案

59. 报案材料，报案人王俊芳报称，1999 年 6 月 7 日上午 9 时许，张康被人绑架，张康所驾牌照号为云 AA7202 的三菱 V6 吉普车被两个年轻人开走；

60. 证人黎勇的证言，证实 1999 年 6 月 7 日上午 9 时许，看见两个持枪男人将张康推进一辆昌河微型车；

61. 证人刘贵的证言，证实 1999 年 6 月 7 日上午 10 时许，看见两个年轻人将张康的三菱吉普车开走；

62. 公安机关提取笔录及扣押清单，证实从收赃人王海处查缴到被告人肖林卖给他的 1 辆六缸三菱吉普车；从被告人肖林住处提取到皮带 1 根、皮鞋 1 双、计算器 1 个；

63. 辨认笔录，证实辨认人王俊芳辨认出从被告人肖林处提取的皮带及计算器系其丈夫张康的物品；

64. 公安机关工具痕迹检验报告，证实被害人张康家属提供的车辆备用钥匙能够开启从王海处查缴的该三菱 V6 吉普车；

65. 辨认笔录，证实被告人肖林、肖力、左曙光分别从多张照片中辨认出被害人张康的照片；

66. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该三菱 V6 吉普车的勘估价为 40.5 万元；

67. 被告人肖林、肖力、左曙光对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上列证据吻合，证实了三被告人劫车及杀死张康的事实。

关于李亚鹏被害案

68. 汇元装饰公司报案材料，证实李亚鹏于 1999 年 6 月 15 日 19 时许，驾牌号为云 A92153 的黑色桑塔纳 2000 型轿车离开公司后即人车失踪；

69. 证人诸培新的证言，证实被告人滕典东在 1999 年卖给他 1 辆桑塔纳 2000 型轿车；

70. 公安机关提取笔录，证实从诸培新处查缴黑色桑塔纳 2000 型轿车 1 辆；从被告人杨天勇住处提取到对李亚鹏的“询问笔录”1 份；从被告人杨明才住处提取到爱立信 398 型手机 1 台、电动剃须刀 1 个；

71. 辨认笔录，证实辨认人聂元委、杨爱宽辨认出从诸培新处追缴的黑色桑

塔纳 2000 型轿车系李亚鹏失踪前所驾车辆，从被告人杨明才住处提取的爱立信 398 手机和电动剃须刀是李亚鹏的物品；

72. 公安部门出具的证明材料，证实从杨明才住处提取的该爱立信 398 手机系李亚鹏的物品；

73. 公安机关笔迹鉴定，证实对李亚鹏的“询问笔录”系杨天勇所书写；

74. 辨认笔录，证实被告人杨天勇、滕典东分别从多张照片中辨认出被害人李亚鹏的照片；

75. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该桑塔纳 2000 型轿车勘估价为 14 万元；

76. 被告人杨天勇、杨明才、滕典东对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上述证据吻合，证实三被告人劫车后由被告人杨天勇持“七七”式手枪杀死李亚鹏的事实。

关于王朝能、曾国祥被害案

77. 报案材料，报案人吕树生报称，王朝能、曾国祥于 1999 年 12 月 24 日 19 时许驾驶牌照号为云 AA958 的三菱吉普车外出后即人车失踪；

78. 证人曾红的证言，证明 1999 年 12 月 24 日 19 时许，其父曾国祥乘坐王朝能驾驶的 1 辆六缸三菱吉普车外出后即失踪；

79. 证人曹丽敏的证言，证实当晚被告人杨天勇等驾车尾随一辆三菱吉普车，将车逼停后带走人、车；

80. 证人周亭西的证言，证实为被告人杨天勇联系出售过该三菱吉普车；

81. 辨认笔录，证实辨认人朱勇从公安机关追缴回的六辆车中辨认出王朝能、曾国祥失踪前驾乘的三菱吉普车；

82. 辨认笔录，证实辨认人曾红从公安机关在被告人杨明才住处提取的物品中，辨认出其父曾国祥失踪前所穿的鞋子；

83. 辨认笔录，证实被告人杨明才、杨天勇、滕典东分别从十张照片中辨认出被害人王朝能、曾国祥的照片；

84. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该三菱吉普车勘估价为 36.5 万元；

85. 被告人杨天勇、杨明才、滕典东对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上列证据吻合，证实三被告人劫车及杀死王朝能、曾国祥的事实。

关于王春所被害案

86. 报案材料，报案人王亚林报称，其父王春所 2000 年 4 月 22 日驾驶牌照号为云 A98812 的墨绿色三菱吉普车离家后失踪，随身带有 V998 手机 1 台；

87. 证人曹丽敏的证言，证实 2000 年 4 月的一天，她与被告人杨天勇在盘龙

宾馆附近守候该宾馆进出的车辆，并于当晚将被告人杨天勇送至关上医院路口；

88. 证人杨鹃的证言，证实2000年4月下旬的一天晚上，看见被告人滕典东驾1辆墨绿色三菱吉普车，拉着被告人杨天勇、杨明才回到昆明铁路液化气公司羊方凹供气站；

89. 公安机关提取笔录，证实从周亭酉处查缴三菱吉普车1辆；

90. 公安机关提取笔录，证实从被告人杨天勇住处提取满天星手表1块、金戒指1枚、长刀1把、对王春所的“询问笔录”1份以及王春所的身份证、驾驶证；从被告人杨明才住处提取铁灰色西服和长袖灰色T恤各1件；从被告人柴国利住处提取手机1台；

91. 公安机关笔迹鉴定，证实从被告人杨天勇住处提取的对王春所的“询问笔录”系被告人杨天勇所书写；

92. 辨认笔录，证实辨认人王亚林、陈国芝辨认出公安机关从周亭酉处查缴的三菱吉普车及从被告人杨天勇、杨明才、柴国利住处提取的手表、戒指、长刀、衣服、手机系被害人王春所的物品；

93. 公安部门出具的证明材料，证实从被告人柴国利处提取的V998手机系王春所的物品；

94. 辨认笔录，证实被告人杨天勇、杨明才、滕典东、柴国利分别从多张照片中辨认出被害人王春所的照片；

95. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该三菱吉普车勘估价为33.3万元；

96. 被告人杨天勇、杨明才、滕典东、柴国利对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上列证据相吻合，证实四被告人劫车及杀死王春所的事实。

关于王元福、朱昆被害案

97. 报案材料，报案人孟向东报称，王元福于2000年5月31日上午7时许，驾驶牌照号为辰L70039号黑色奔驰S320轿车送朱昆到昆明，此后与单位失去联系，人车失踪；

98. 证人董忠义的证言，证实2000年5月31日由他指派王元福驾该奔驰车送朱昆回昆明后人车失踪；

99. 证人曹丽敏的证言，证实2000年5月31日上午7时许，被告人杨天勇接到一个电话后，带她驾车至昆明经济开发区与石安公路岔路口，被告人杨天勇下车向1辆被警察堵停的黑色轿车走去；

100. 证人杨鹃的证言，证实2000年5月31日上午8时许，在其住处见到停放着一辆挂辰字军车牌的轿车；

101. 证人周亭酉的证言，证实被告人杨天勇于2000年5月31日让其帮助贩

卖一辆奔驰轿车；

102. 公安机关提取笔录及扣押物品清单，证实从周亭酉处查缴一辆奔驰轿车；从被告人杨天勇住处提取朱昆的交通银行储蓄卡、建设银行储蓄卡、警民联系卡、驾驶证和王元福的退伍证、手机，董忠义的工作证、驾驶证；从被告人杨明才住处提取短袖T恤1件、灰色圆领T恤1件、黑色皮鞋1双，同时在昆明铁路液化气公司羊方凹供气站被告人杨天勇、杨明才住处提取到15枚人指（趾）甲；

103. 辨认笔录，证实辨认人董忠义、陈洪、朱莉均分别辨认出被劫的奔驰轿车以及从被告人杨天勇、杨明才住处提取的手机、衣服、皮鞋等系王元福、朱昆失踪前随身携带的物品；

104. 公安机关刑事科学技术鉴定，证实从昆明铁路液化气公司羊方凹供气站现场提取的15枚人指（趾）甲经DNA测定，其中有9枚系被害人朱昆的指（趾）甲；

105. 中国建设银行云南省分行滇龙支行出具的书证，证实2000年6月2日朱昆的建设银行储蓄卡被分三次取走人民币共5 200元；

106. 辨认笔录，证实被告人杨天勇、杨明才、滕典东、左曙光分别从多张照片中辨认出被害人王元福、朱昆的照片；

107. 官渡区物价局赃物估价鉴定结论，对该奔驰车勘估价为69.4万元；

108. 被告人杨天勇、杨明才、滕典东、左曙光对此节犯罪事实所作供述，相互印证，与上述证据相吻合，证实四被告人劫车及杀死王元福、朱昆的事实。

关于被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利盗窃案

109. 被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利的供述，对各次盗窃车辆的时间、地点、车辆型号等情节相互印证；

110. 被盗单位及个人的报案材料，证实车辆被盗的时间、地点、车型等，与各被告人供述的情节相互印证；

111. 公安机关出具的证明材料，证实追缴部分盗窃车辆的事实，与上列被告人供述的盗窃车辆事实相互印证；

112. 物价部门对失盗车辆的勘估价格证明，证实被盗车辆的价值款额。

以上109—112号证据，综合确认各被告人从1997年6月至2000年5月期间，在昆明市范围内盗窃作案11起，盗得各型机动车共12辆。

关于被告人杨天勇私藏弹药的事实

113. 现场勘验、检察笔录，证实公安机关在昆明铁路液化气公司羊方凹供气站杨天勇住处提取到手榴弹、子弹、炸药、雷管、导火索等弹药；

114. 扣押清单，证实在杨天勇住处提取到手榴弹、子弹、炸药、雷管、导火索等物品；

115. 被告人杨天勇的供述，承认其私藏弹药的事实；

上列113—115号证据，综合确认被告人杨天勇私藏弹药的事实。

此外，公诉机关还出示了下列证据：

116. 公安机关抓获各被告人经过的材料；

117. 法医人类学检验报告，证实从西山区明朗水库空指养殖场、昆明铁路液化气公司羊方凹供气站、官渡区阿拉乡大麻苴村326号炸药仓库提取到的骨骸残片、残牙、碳化牙及可疑皮肤残片系人骨、人牙、人皮；

118. 相关被害人的身份证明材料。

公诉机关根据上诉证据，认为被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利涉嫌犯有故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪；被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、肖力、柴国利还涉嫌犯有抢劫枪支弹药罪；被告人杨天勇还涉嫌犯有私藏弹药罪。根据《中华人民共和国刑法》第232条、第263条、第264条、第127条、第128条之规定，提请本院对各被告人依法惩处。

被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利对公诉机关指控的犯罪事实及出示的证据材料均无异议。被告人杨天勇、肖力、肖林、柴国利对公诉机关指控的犯罪事实未作辩解。被告人杨明才、滕典东、左曙光分别辩称，各自参加犯罪系受胁迫，在共同犯罪中未起主要作用。

被告人肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利的辩护人对公诉机关指控的犯罪事实及出示的证据材料亦无异议。被告人肖林的指定辩护人辩称：肖林只应对其组织实施的行为承担刑事责任，且肖林归案后认罪态度较好，请求法庭依法对肖林作出与其罪刑相适应的处罚。被告人杨明才的辩护人辩称：杨明才系受胁迫参与犯罪，在共同犯罪中，其地位和作用与被告人杨天勇、肖林不同；在王俊波、王晓湘被害案和刀国兴被害案中，杨明才主观上无抢劫枪支弹药、抢劫、杀人的故意。被告人滕典东的辩护人辩称：滕典东在本案中处于从属和被支配地位，起辅助作用，系从犯；在王俊波、王晓湘被害案中，滕典东主观上不具有抢劫枪支弹药的故意，客观上也未实施抢劫枪支弹药的行为，因而没有犯抢劫枪支弹药罪；滕典东归案后认罪态度好，并能如实供述尚未被司法机关掌握的犯罪行为，应视为有自首情节。被告人左曙光的辩护人请求法庭依照左曙光在全案中的地位和作用，对左曙光公正判处。被告人肖力的辩护人辩称：肖力在本案中所起的作用较小；肖力不应对刀国兴被害案承担刑事责任；肖力归案后认罪态度较好，请求法庭公正判处。被告人柴国利的辩护人辩称：柴国利在本案中系从犯，且归案后能

如实交代尚未被司法机关掌握的犯罪事实，检举同案其他被告人的重大犯罪行为，并经查证属实，有自首情节及重大立功表现，请求法庭对其从轻处罚。

经审理查明，1997 年 4 月，被告人杨天勇、肖林共同预谋策划以暴力犯罪为手段敛取钱财。随后，杨天勇、肖林分别纠集被告人滕典东、柴国利、肖力、左曙光、杨明才共同组成犯罪集团，并为实施犯罪准备了枪支、弹药、军警服装、警用械具、匕首等作案工具。至 2000 年 5 月 31 日止，该犯罪集团先后在昆明市及云南省禄丰县等地，实施抢劫、杀人、抢劫枪支弹药、盗窃等犯罪活动，作案 25 起，共抢劫机动车 9 辆，枪支 2 支及弹药，杀死无辜公民 19 人，杀伤 1 人，盗窃机动车辆 12 辆，严重侵害了社会秩序，严重侵害了公民的人身权利和财产权利。其中：

1997 年 4 月 16 日 14 时许，被告人杨天勇、肖林为首纠合被告人滕典东、柴国利，持手榴弹、匕首等犯罪工具，乘被告人杨天勇提供的汽车，在西山区春苑小区春明里，强行进入停于路旁的牌照号为云 A07420 的吉普车，被告人肖林持手榴弹猛击驾驶员杨卫东头部，被告人柴国利持匕首刺击杨卫东身体。尔后，由肖林驾驶该车离开现场，途中被告人肖林、柴国利分别持匕首刺杀杨卫东致杨死亡后，将该吉普车和杨卫东尸体丢弃于五华体育馆停车场内。劫走放于车内的装有现金 2 万元及其他物品的旅行包 1 个，尔后乘被告人滕典东驾驶的汽车逃离。被害人杨卫东系被单刃锐器刺中肺部，致血气胸并失血性休克死亡。

1997 年 7 月 10 日，经被告人杨天勇、肖林事先策划，由肖林纠集被告人肖力、柴国利，分别着陆军少校军服和士兵迷彩军服，伪装成现役军人，由肖力驾驶盗来的吉普车在云南省禄丰县金山镇，尾随禄丰县农具厂保卫干部周国祥至金山镇西山路，由肖林以请求协助工作为由，将周国祥诱骗上车后，肖林、柴国持匕首将周国祥刺死，抢走周携带的枪号为 29062326 的“五四”式手枪 1 支、子弹 13 发。尔后将周的尸体抛弃于禄丰县境内国道 320 线 2 861km+500m 处。当晚肖林等三被告人将抢得的该“五四”式手枪交由被告人杨天勇查验。被害人周国祥系属被锐器刺中胸背部，致心肺贯通伤，创伤失血性休克死亡。

1997 年 9 月 21 日，被告人肖林纠集被告人柴国利、滕典东、左曙光、肖力，由肖林持从周国祥身上抢劫的枪号为 29062326 的“五四”式手枪，其他被告人分别持手榴弹及匕首，驾车至昆明市民航路四〇三厂附近，由被告人肖林冒充缉私警察，持枪拦下被害人刀国兴驾驶的牌照号为云 A86207 的三菱吉普车。由被告人柴国利用手铐铐住刀国兴，四被告人将刀国兴及其所驾车辆带离现场。途中杨天勇、杨明才上车，由被告人杨天勇对刀国兴进行问话后，被告人杨天勇、杨明才、柴国利 3 人共同将刀国兴扼压致死，尔后三被告人与滕典东、肖力共同将

刀国兴的尸体丢弃于本市烟草路与金刀营村岔路口附近的窨井内，劫走刀国兴所驾三菱吉普车及金戒指等物品。此后，该车由被告人肖林、柴国利销赃贩卖。被害人刀国兴系机械性窒息死亡。

1997 年 11 月 14 日，被告人杨明才携从周国祥身上劫得的枪号为 29062326 的“五四”式手枪，与滕典东、左曙光共同在官渡区牛街庄铁路电化小区，盗窃牌照号为云 A67478 的米黄色长安微型车 1 辆。被告人左曙光、滕典东将该车牌照卸下，被告人滕典东、杨明才驾盗窃的该辆微型车先行离开。被告人左曙光驾车离开现场途中，因车辆故障停于路边，被官渡公安分局小板桥派出所联防人员赵洪才、彭建昌、尹正华、柏怀昌盘查，被告人滕典东、杨明才返回接应左曙光时，见左曙光正被盘查，杨明才即下车持枪对 4 名联防人员射杀，致联防队员赵洪才、彭建昌当场死亡，尹正华受轻伤，杨明才又持枪追杀联防人员柏怀昌未遂。尔后被告人杨明才、左曙光将 3 名被击中的联防人员抛入联防人员乘坐的东风翻斗车车厢内，后被告人杨明才发现受伤的尹正华逃离车厢，他唯恐赵、彭二人未死，又持钢管击打赵、彭二人身体。随后，被告人左曙光、杨明才与由被告人滕典东接来的被告人杨天勇会合，乘滕典东驾驶的吉普车逃离现场。被害人彭建昌系被枪弹射击头部、胸部，致开放性脑颅损伤，合并开放性血气胸死亡；被害人尹正华被枪弹击中，构成轻伤。经对从该案现场提取的弹头、弹壳进行鉴定，杀死、杀伤上述 3 名联防人员的枪支系从被害人周国祥身上抢劫的枪号为 29062326 的“五四”式手枪。

1998 年 4 月 20 日 20 时许，被告人杨天勇携带枪号为 29062326 的“五四”式手枪，被告人杨明才、滕典东分别携带手铐，驾车窜至海埂民族村索道站附近空地，冒充缉毒警察对停放在空地上的牌照号为云 OA0455 的昌河微型车内的王俊波、王晓湘进行盘查，由滕典东、杨明才强行给二人戴上手铐。被告人杨天勇持从王俊波身上劫取的“七七”式手枪，在车内将王俊波、王晓湘枪杀。随后，被告人杨天勇、杨明才将该车连同二名被害人的尸体丢弃于本市圆西路思远科技公司门外，并劫取二人随身携带的微型录音机、传呼机等物品。被害人王俊波、王晓湘系被枪击导致开放性血气胸合并心肺脏器破裂死亡；经弹道痕迹检验，射杀王俊波、王晓湘的枪支为王俊波配带的枪号为 1605825 的“七七”式手枪。

1998 年 6 月 9 日，被告人杨明才携带抢来的“七七”式手枪、被告人滕典东携带手铐，驾车至晋宁县晋城镇附近，将被害人王芬诱骗上车，被告人杨明才与王发生性关系后，两被告人用手铐将王双手拷住，共同扼压王的颈部致其昏迷，然后将王丢弃于昆洛公路呈贡大渔乡月角办事处太平关村新河沟内。被害人王芬系遭暴力侵害后溺水死亡。

1999 年 3 月 6 日 21 时许，被告人杨天勇持从王俊波身上劫取的“七七”式手枪，纠合被告人杨明才、滕典东、左曙光，携带手铐等作案工具，驾车至昆交会场馆东门外，冒充执勤警察对停放于路旁的牌照号为云 K08465 的尼桑公爵王轿车驾驶员吴峰及同车乘坐的 1 名女青年进行盘查，分别用手铐铐住二人，由被告人滕典东驾驶劫持的轿车，将该车及二被害人劫持到官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库，被告人杨天勇、杨明才共同将吴峰及该女青年杀死后毁尸灭迹。所劫车辆由被告人滕典东、左曙光连夜驾驶欲往辽宁省大连市销赃，3 月 9 日途经陕西省镇巴县，因行车手续不全，该车被镇巴县交警大队扣留。

1999 年 3 月 19 日上午 10 时许，被告人肖林持劫取的“七七”式手枪，被告人杨明才持劫取的“五四”式手枪，被告人左曙光、滕典东携带手铐，由被告人滕典东驾车至本市关上镇双福路银海花园旁，冒充缉毒警察，将被害人李双全驾驶的牌照号为贵 F70540 号的三菱吉普车逼停，被告人左曙光、滕典东强行给李双全戴上手铐，将人、车劫持至官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库内，被告人杨天勇对李双全问话并制作“询问笔录”后，被告人肖林、滕典东、左曙光、杨明才共同将李双全扼死并毁尸灭迹。劫得的该三菱吉普车由被告人杨天勇销赃贩卖。

1999 年 4 月 18 日，被告人肖林持劫取的“七七”式手枪，被告人杨明才、滕典东、左曙光持劫取的“五四”式手枪及手铐等作案工具，在昆华医院停车场，冒充缉毒警察，以缉查毒品为名拦下被害人冯毅驾驶的牌照号为云 A95371 的三菱吉普车，被告人肖林、滕典东强行对冯毅戴上手铐，将人、车一起劫持至官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库内，被告人杨天勇对冯毅问话并制作“询问笔录”后，威逼冯毅与其女友电话联系未果，遂由被告人滕典东、杨明才、左曙光共同用绳索将冯毅勒死并毁尸灭迹。用劫取的冯毅牡丹卡两次提款共计 1400 元。劫得的该三菱吉普车由被告人肖林等人销赃贩卖。

1999 年 6 月 7 日 8 时许，被告人肖林、左曙光、肖力冒充警察，在官渡区牛街庄附近将被害人张康劫持至西山区明朗水库空指养殖场内，暴力胁迫张康交出其驾驶的牌照号为云 AA7202 的三菱吉普车钥匙，被告人肖林、肖力到牛街庄 508 号院内将该车劫至养殖场内。尔后被告人肖林、左曙光、肖力共同将张康勒死并毁尸灭迹。劫得的该三菱吉普车由被告人肖林等人销赃贩卖。

1999 年 6 月 15 日 21 时许，被告人杨天勇持劫取的“七七”式手枪，被告人滕典东、杨明才携手铐等作案工具，在本市官渡区大白庙附近，冒充执勤警察，由被告人滕典东驾车将李亚鹏驾驶的牌照号为云 A95153 的黑色桑塔纳 2000 型轿车逼停，将人车一起劫持至官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库内，被告人杨天勇对李亚鹏问话并制作“询问笔录”后，持“七七”式手枪将李亚鹏杀死，由

被告人杨明才、滕典东毁尸灭迹。劫得的该桑塔纳2000型轿车由被告人杨天勇、滕典东等人销赃贩卖；劫得的手机、剃须刀，由被告人杨明才占有。

1999年12月24日23时许，被告人杨天勇持劫取的“七七”式手枪，被告人滕典东、杨明才携手铐等作案工具，伙同曹丽敏（另处）共同驾车寻找作案目标。在云南省煤田地质局附近，将被害人王朝能、曾国祥驾乘的牌照号为云AA4958的三菱吉普车逼停，三被告人冒充执勤民警，将王、曾二人连同该车一起劫持。途中，被告人杨天勇在车内将曾国祥扼死，后在昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内，被告人杨天勇、杨明才、滕典东共同将王朝能勒死，由被告人杨明才、滕典东毁尸灭迹。劫得的该三菱吉普车由被告人杨天勇销赃贩卖。

2000年4月23日20时许，被告人杨天勇和曹丽敏驾长安微型车物色作案目标后，被告人杨天勇指使被告人滕典东、柴国利、杨明才在关上路与关南路交叉口附近冒充警察设卡，堵停被害人王春所驾驶的牌照号为云A98812的三菱吉普车。被告人杨天勇到达现场后，四被告人共同将王春所连同该车劫持至昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内，被告人杨天勇对王春所问话并制作“询问笔录”后，被告人滕典东、柴国利、杨明才共同将王春所勒死，由被告人杨明才、滕典东毁尸灭迹。劫得的该三菱吉普车由被告人杨天勇销赃贩卖；劫得的手机由被告人柴国利占有；劫得的衣物由被告人杨明才占有。

2000年5月31日7时许，被告人杨天勇指使被告人滕典东、左曙光、杨明才持劫取的“七七”式手枪和手铐等作案工具，在石安公路大石坝收费站守候，被告人杨天勇与曹丽敏驾车尾随被害人王元福、朱昆驾乘的牌照号为辰L70039号黑色奔驰S320轿车，并由被告人杨天勇通知被告人滕典东等三被告人堵截该车。被告人滕典东、左曙光冒充公安人员将该车堵停后，被告人杨天勇、滕典东、左曙光、杨明才将王元福、朱昆和该车一起劫持至昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内，由被告人杨天勇与收赃人联系并指使被告人滕典东、左曙光驾驶该奔驰轿车前往贵州省贵阳市销赃。尔后，被告人杨天勇、杨明才对王、朱二人问话，并搜走朱昆的驾驶证、警民联系卡、交通银行储蓄卡、建设银行储蓄卡、王元福的退伍证等物品，威逼朱昆说出其储蓄卡的密码，威逼朱昆、王元福分别用手机向单位谎称有事、有病不能及时回单位。随后，被告人杨天勇、杨明才共同将王元福、朱昆勒死，由被告人杨明才毁尸灭迹。被告人滕典东、左曙光持朱昆的建设银行储蓄卡先后两次取款共5 200元。

此外，被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利在1997年6月至2000年5月期间，盗窃作案11次，共盗得各型机动车12辆，盗窃车辆折合人民币40.52万元。其中：

1997年6月23日晚，被告人肖林、柴国利、肖力在昆明四十三医院停车场内，盗得牌照号为贵B30523的北京吉普车1辆。

1997年7月23日晚，被告人杨天勇、肖林、杨明才、肖力在云南省体育场招待所内，盗得牌照号为云A59650的北京吉普车1辆。

1997年10月28日凌晨，被告人杨天勇、滕典东、杨明才、左曙光、肖力在昆明市曙光东区68栋院内，盗得牌照号为云A73033的昌河微型车1辆。

1997年11月9日晚，被告人滕典东、左曙光、杨明才在官渡区关上镇双福路银海花园南区停车场内，盗得牌照号为云A77415的昌河微型车1辆。

1997年11月14日凌晨，被告人滕典东、左曙光、杨明才在官渡区牛街庄铁路电化小区内，盗得牌照号为云A67478的长安微型车1辆。

1998年4月12日晚，被告人杨天勇、滕典东、杨明才在成都军区物资供应站仓库内，盗得牌照号分别为云A86152和云A86155的两辆长安微型车。

1998年8月26日晚，被告人杨天勇、滕典东在本市新迎小区伟龙花园内，盗得牌照号为云A39957的长安微型车1辆。

1999年3月1日晚，被告人肖林、滕典东、左曙光在关上镇官渡区中医院门口，盗得牌照号为云O01216的北京吉普车1辆。

1999年4月1日晚，被告人肖林、滕典东、左曙光、杨明才在本市大树营立交桥下，盗得牌照号为云AB1122的长安微型车1辆。

1999年5月5日凌晨，被告人肖林、肖力、左曙光在本市东站新村电子设备厂宿舍，盗得牌照号为云AC1501的昌河微型车1辆。

2000年5月16日中午，被告人肖林、肖力在本市董家湾群泰厨具店附近，盗得牌照号为辰P10038的北京吉普车1辆。

2000年6月19日，公安人员在对被告人杨天勇租用的昆明铁路液化气公司羊方凹供气站进行现场勘查时，从被告人杨天勇住房内查获其私藏的TNT火药0.8公斤，导火索2.27米，军用电雷管2枚，铜壳火雷管7枚，纸壳火雷管21枚，拉火管6枚，木柄手榴弹10枚，发烟手榴弹2枚，“五一”式手枪子弹310发，“六四”式手枪子弹147发，“五九”式手枪子弹16发，半自动步枪子弹430发。

综上所述，被告人杨天勇为首组织、指挥犯罪集团的犯罪活动，并直接实施抢劫、杀人、抢劫枪支弹药犯罪12次，抢得机动车8辆，价值人民币263.1万元，抢得“五四”式、“七七”式手枪各1支，直接杀害或参与杀害被害人17名，杀伤1名，实施盗窃犯罪4次，盗得机动车辆5辆，价值人民币12万元，并私藏大量弹药。

被告人肖林为首组织、指挥犯罪集团的犯罪活动，并直接实施抢劫、杀人、

抢劫枪支、弹药犯罪6次，抢得机动车4辆，价值人民币153万元，抢得“五四”式手枪1支，直接杀害或参与杀害被害人6名，实施盗窃犯罪6次，盗得机动车辆6辆，价值人民币18.07万元。

被告人杨明才积极参加犯罪集团的犯罪活动，其中参与抢劫、杀人、抢劫枪支弹药犯罪11次，抢得机动车8辆，价值人民币292万元，抢得“七七”式手枪1支，直接杀害或参与杀害被害人16名，杀伤1名，参与盗窃犯罪6次，盗得机动车辆7辆，价值人民币25.79万元。

被告人滕典东积极参加犯罪集团的犯罪活动，其中参与抢劫、杀人、抢劫枪支弹药犯罪12次，抢得机动车8辆，价值人民币292万元，抢得“七七”式手枪1支，直接杀害或参与杀害被害人17名，杀伤1名，参与盗窃犯罪7次，盗得机动车辆8辆，价值人民币27.82万元。

被告人左曙光积极参加犯罪集团的犯罪活动，其中参与抢劫、杀人犯罪7次，抢得机动车6辆，价值人民币248.7万元，直接杀害或参与杀害被害人10名，杀伤1名，参与盗窃犯罪6次，盗得机动车辆6辆，价值人民币26.01万元。

被告人肖力积极参加犯罪集团的犯罪活动，其中参与抢劫、杀人、抢劫枪支弹药犯罪3次，抢得机动车2辆，价值人民币82.7万元，抢得“五四”式手枪1支，直接杀害或参与杀害被害人3名，参与盗窃犯罪5次，盗得机动车辆5辆，价值人民币17.19万元。

被告人柴国利积极参加犯罪集团的犯罪活动，其中参与抢劫、杀人、抢劫枪支弹药犯罪4次，抢得机动车2辆，价值人民币75.5万元，抢得“五四”式手枪1支，直接杀害或参与杀害被害人4名，参与盗窃犯罪1次，盗得机动车辆1辆，价值人民币4.2万元。

上述各被告人的犯罪事实，经法庭公开开庭审理，对公诉机关出示的证据，当庭核实，由控、辩双方当庭质证，确认公诉机关向法庭提交的指控证据采证程序合法，客观真实，足以证明本案事实，本院予以确认。

针对控、辩双方的控辩意见，本院评判如下：

1. 对于被告人杨明才、滕典东、左曙光“系受胁迫参与犯罪，在共同犯罪中未起主要作用”的辩解。经查证，被告人滕典东、杨明才、左曙光自1997年4月加入以杨天勇、肖林为首的犯罪集团后，积极参与抢劫、杀人等犯罪活动。其中，被告人滕典东直接参与抢劫、杀人作案12起，亲手杀害或参与杀害被害人17名；被告人杨明才直接参与抢劫、杀人作案11起，亲手杀害或参与杀害被害人16名；被告人左曙光直接参与抢劫、杀人作案7起，亲手杀害或参与杀害被

害人10名。三被告人的犯罪行为足以证明，在其分别参加的该犯罪集团各次犯罪活动中，三被告人均起主要作用，均系共同犯罪的主犯，其“受胁迫、未起主要作用”的辩解，违背本案事实，纯系推脱罪责，本院予以驳回。

2. 对于被告人杨明才、滕典东的辩护人以二被告人“在王俊波、王晓湘被害一案中，主观上不具有抢劫枪支弹药的故意，客观上未实施抢劫枪支弹药的行为，未构成抢劫枪支弹药罪”的辩护意见。本院认为：以被告人杨天勇、肖林为首的犯罪集团，从形成之日起，就以暴力敛财为目的。其抢劫枪支弹药的客观行为，是为此后实施抢劫财物犯罪作准备，也是体现各犯罪人共同犯罪目的的故意行为。被告人杨明才、滕典东的辩护人仅以作案时该犯罪集团的首犯杨天勇没有向同案人明示抢枪、杀人，即推定三被告人之间不存在“共同故意”，并由此引申出被告人杨明才、滕典东不构成抢劫枪支弹药罪的辩护意见，割裂了主观犯意与客观行为的内在联系，且不足以推翻对被告人杨明才、滕典东犯罪行为的指控证据。故对被告人杨明才、滕典东的辩护人所持此辩护意见，本院不予采纳。

3. 对于被告人肖林的辩护人所提“肖林只应对其组织实施的行为承担刑事责任”的辩护意见。本院认为，被告人杨天勇、肖林为实施犯罪，共同预谋后纠集本案其他被告人组成以暴力为手段、敛财为目的的犯罪集团，并策划和指挥了该犯罪集团的犯罪活动。在该集团犯罪案件中，被告人杨天勇、肖林均系组织、领导犯罪集团的首要分子，根据《刑法》之规定，不仅应对其自己直接实施的犯罪行为承担刑事责任，还应对该犯罪集团所犯的全部罪行承担刑事责任。故被告人肖林的辩护人的此项辩护意见，因与法律规定和本案客观事实相悖，本院不予采纳。

4. 对于被告人柴国利的辩护人所提“柴国利有自首和重大立功情节”的辩护意见。本院认为，根据本案事实，被告人柴国利系在销售抢劫、杀人后所获赃物的过程中，被公安机关侦控抓获，并未主动交待犯罪事实。经公安机关出示了已获取的部分犯罪证据后，才供述了本人所犯罪行和同案其他被告人的罪行，不属于《刑法》规定的主动投案或者如实供述司法机关还未掌握的罪行的情形，因而不能以自首论，辩护人所提“自首情节”不能成立。其揭发他人犯罪行为虽属“有重大立功表现”，但与其参与抢劫、杀人、抢劫枪支弹药犯罪，直接杀害及协助其他被告人杀害无辜公民4人等严重犯罪行为相比较，其功不足以抵罪。《刑法》第68条对“有重大立功表现”的情形，规定为“可以减轻或免除处罚”，而并非有此情形就应当减轻或免除处罚。纵观全案，被告人柴国利仍属于法不容留的犯罪分子，必须予以严惩。

5. 关于公诉机关指控被告人杨天勇等人杀害吴峰、耿琼仙一节事实。经庭

审查证，杀害吴峰及同车乘坐的一名女青年并劫车辆的事实属实，但该被害女青年是否确系耿琼仙，尚无确凿证据证明。

根据当庭确认的上述事实，依照我国《刑法》的有关规定，本院认为：公诉机关指控被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利的犯罪事实属实，罪名成立。

被告人杨天勇、肖林，为实施犯罪，共同预谋，纠集被告人杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利组成以暴力犯罪为手段，敛财为目的，成员固定，组织严密，分工明确的犯罪集团，并且建立了官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库、昆明铁路液化气公司羊方凹供气站、西山区明朗水库空指养殖场 3 个犯罪据点，在这些据点内杀人毁尸、毁灭罪证、私藏弹药，在长达 3 年零 1 个月的时间内，频繁实施抢劫、杀人、盗窃作案，共抢得手枪 2 支，抢劫、盗窃各型机动车 21 辆，价值合计人民币 370 余万元，杀害无辜公民 19 人，杀伤 1 人，犯罪手段极其残忍，社会危害性特别巨大。被告人杨天勇、肖林均属组织、领导犯罪集团进行犯罪的首要分子，依法应当对该集团所犯的全部罪行承担刑事责任。被告人杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利在该犯罪集团实施的各次犯罪活动中，分别起主要作用，均属共同犯罪的主犯，依法应当对其所参与的全部犯罪承担刑事责任。

公诉机关在本案庭审中提出“各被告人的犯罪事实清楚，证据确实、充分，所犯罪行情节恶劣，后果特别严重，社会危害性极大，罪无可恕，法不容留，请求法庭务必严惩不贷，以正国法”的公诉意见，符合我国《刑法》的立法精神和具体规定，本院予以采纳。

集团犯罪、暴力犯罪是我国《刑法》规定必须从重惩处的犯罪，以被告人杨天勇、肖林为首的该犯罪集团所犯抢劫、故意杀人、抢劫枪支弹药的罪行，犯罪情节特别恶劣，犯罪手段极端残忍，社会危害性特别巨大，均需依法严惩。本案中，七名被告人均分别犯有数罪，依法应予数罪并罚。其中，各被告人的抢劫犯罪行为具有我国《刑法》规定的“多次抢劫、抢劫数额巨大”、“冒充军警人员抢劫”、“持枪抢劫”等从重处罚情节；各被告人在故意杀人犯罪中，不仅非法剥夺了 19 名无辜公民的生命，杀人手段残忍至极，而且肆意践踏被害人的人格尊严，毫无人性地肢解尸体，毁尸灭迹，其罪不容恕，法不容留。本院为保护公民人身权利、财产权利不受侵犯，维护社会公共安全，严厉惩治严重刑事犯罪，根据本案各被告人的犯罪性质及其在集团犯罪中的地位和作用、犯罪情节和社会危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第 232 条，第 263 条（四）、（五）、（六）、（七）项，第 264 条，第 127 条 2 款，第 128 条 1 款，第 26 条，第 68 条，第 59

条 1 款之规定，判决如下：

一、被告人杨天勇犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯私藏弹药罪，判处有期徒刑 6 年。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

二、被告人肖林犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

三、被告人杨明才犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑 15 年，并处罚金人民币 5 万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

四、被告人滕典东犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑 15 年，并处罚金人民币 5 万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

五、被告人肖力犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑 12 年，并处罚金人民币 5 万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

六、被告人左曙光犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑 15 年，并处罚金人民币 5 万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

七、被告人柴国利犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑 7 年，并处罚金人民币 5 万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

八、缴获的牌照号为云 AB8512 的长安微型车及警服、警用械具等作案工具予以没收。

九、收缴的弹药等违禁品予以没收。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起 10 日内，通过本院或直接向云南省高级人民法院提起上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本 1 份，副本 1 份。

审判长：马豫昆
审判员：杨　彬
审判员：刀文兵
2000 年 10 月 20 日
书记员：李　铗
段云萍

附录二：

云南省高级人民法院
刑事裁定书

（2000）云高刑终字第 1315 号

公诉机关：云南省昆明市人民检察院

上诉人（原审被告人）杨明才，男，汉族，1956 年 7 月 2 日出生，云南省双柏县人，小学文化，农民，住云南省双柏县妥甸镇小村办事处中大田村。2000 年 6 月 21 日本案被刑事拘留，同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市五华区看守所。

指定辩护人彭永峰，春城律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）肖力，男，汉族，1972 年 10 月 1 日出生，黑龙江省林口县人，中专文化，原系黑龙江省佳木斯市化工厂职工，住佳木斯市前进区二十九委 5 组 9 号。2000 年 6 月 21 日因本案被刑事拘留，同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市官渡区看守所。

指定辩护人朱禹（引者注：原文如此）昌，照耀律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）柴国利，男，汉族，1974 年 7 月 3 日出生，黑龙江省佳木斯市人，初中文化，无职业，住佳木斯市前进区八十四委 1 组 84 号。2000 年 6 月 21 日因本案被刑事拘留，同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市官渡区看守所。

辩护人何金容、肖运藻，云元律师事务所律师。

原审被告人杨天勇，男，汉族，1957 年 7 月 8 日出生，云南省禄丰县人，初中文化，原系昆明铁路公安局民警，住昆明市八公里到达场宿舍 39 幢 201 室。2000 年 6 月 20 日因本案被刑事拘留，同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市第一看守所。

原审被告人肖林，男，汉族，1960 年 5 月 22 日出生，黑龙江省林口县人，初中文化，无职业，住佳木斯市东风区四十九委 2 组 95 号。2000 年 6 月 21 日因本案被刑事拘留，同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市第二看守所。

原审被告人滕典东，男，汉族，1973 年 5 月 21 日出生，辽宁省大连市人，高中文化，无职业，住大连市甘井子区营城子镇营城子村南岗子 563 号 02 号。2000 年 6 月 19 日因本案被刑事拘留。同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市盘龙区第一看守所。

指定辩护人王明强，震序律师事务所律师。

原审被告人左曙光，男，汉族，1968 年 10 月 12 日出生，山东省莱阳市人，初中文化，无职业，住辽宁省大连市西岗区福安街 7 号。2000 年 6 月 19 日因本案被刑事拘留，同年 7 月 21 日被逮捕。现押于昆明市盘龙区第二看守所。

指定辩护人杨清，华汇律师事务所律师。

昆明市中级人民法院审理昆明市人民检察院指控原审被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、肖力、柴国利犯故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪、抢劫枪支弹药罪；左曙光犯故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪及杨天勇犯私藏弹药罪，原审附带民事诉讼原告人杨跃东、周国琼、刀慧勤、张玉英、郭丽芬、尹正华、柏怀昌、陈红玲、冯秀英、杜鸿睿、王家祥、吴福、李金全、冯正权、王俊芳、杨爱宽、朱静、王敏、靳美荣、陈国芝、王亚林、王开学、伍光碧、朱纯光提起附带民事赔偿一案。于 2000 年 10 月 20 日作出（2000）昆刑初字第 515 号刑事判决，于同月 27 日作出刑事附带民事判决。原审附带民事诉讼原告人、被告人对附带民事判决部分均表示不上诉。原审被告人杨明才、肖力、柴国利对刑事判决部分不服，分别提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问被告人，阅看辩护人书面意见，认为事实清楚，决定不开庭审理。现已审理终结。

原审判决认定，1997 年 4 月，被告人杨天勇、肖林共同预谋策划以暴力犯罪为手段敛取钱财。随后，杨天勇、肖林分别纠集被告人杨明才、滕典东、肖力、左曙光、柴国利共同组成犯罪集团，并为实施犯罪准备了枪支、弹药、军警服装、警用械具、匕首等作案工具。至 2000 年 5 月 31 日止，该犯罪集团先后在昆明市及禄丰县等地，实施抢劫、杀人、抢劫枪支弹药、盗窃等犯罪活动。共抢劫机动车 9 辆，枪支 2 支及弹药，杀死无辜公民 19 人，杀伤 1 人，盗窃机动车辆 12 辆。严重侵害了社会秩序，严重侵害了公民的人身权利和财产权利。其中：

1997 年 4 月 16 日，被告人杨天勇、肖林纠集滕典东、柴国利，四人持手榴弹、匕首等犯罪工具，乘被告人杨天勇提供的汽车，于当日 14 时许窜至昆明市西山区春苑小区春明里，强行进入停于路旁的牌照号为云 A07420 的吉普车。肖林持手榴弹猛击驾驶员杨卫东头部，柴国利持匕首刺击杨卫东身体。尔后，由肖林驾驶该车离开现场，途中被告人肖林、柴国利又分别持匕首刺杀杨卫东，致杨卫东死亡后将该车和杨卫东尸体丢弃于五华体育馆停车场，劫走车内装有现金人

民币 2 万元及其他物品的旅行包 1 个。尔后乘滕典东驾驶的汽车逃离。

1997 年 7 月 10 日，经被告人杨天勇、肖林事先策划，由肖林纠集被告人肖力、柴国利，分别着陆军少校军服和士兵迷彩军服、冒充现役军人，由肖力驾驶盗来的吉普车窜至云南省禄丰县，尾随该县农机厂保卫干部周国祥至金山镇西山路，由肖林以请求协助工作为由，将周诱骗上车后，肖林、柴国持匕首将周国祥当场刺死，抢走周佩带的“五四”式手枪 1 支、子弹 13 发。尔后将周的尸体抛弃于禄丰县境内国道 320 线 2 861 公里处附近。当晚三被告人将抢得的该“五四”式手枪交由被告人杨天勇查验。

1997 年 9 月 21 日，被告人肖林纠集柴国利、滕典东、左曙光、肖力，由肖林持枪抢得的“五四”式手枪，其他各被告人分别持手榴弹及匕首，驾车至昆明市民航路四〇三厂附近。由肖林冒充缉私警察，持枪拦下被害人刀国兴驾驶的牌照号为云 A86207 的三菱吉普车，由柴国利用手铐铐住刀国兴，将刀国兴及其所驾车辆带离现场。途中被告人杨天勇、杨明才上车，由杨天勇对刀国兴“问话”后，杨天勇、杨明才、柴国利三人共同将刀国兴扼压致死。尔后，由杨天勇、杨明才、柴国利、滕典东、肖力共同将刀国兴尸体丢弃于昆明市烟草路与金刀营村岔路口附近的窨井内，劫走刀所驾的三菱吉普车及金戒指等物品。此后，该车由肖林、柴国利销赃贩卖。

1997 年 11 月 14 日凌晨，被告人杨明才持枪抢得的“五四”式手枪，与被告人滕典东、左曙光驾 1 辆吉普车窜至昆明市官渡区牛街庄铁路电化小区，盗窃了 1 辆牌照号为云 A67478 的长安微型车。由左曙光、滕典东将该车牌照卸下后，滕典东、杨明才即驾该车先行离开。左曙光在驾车离开现场途中，因车辆故障停于路边修理时，被驾乘 1 辆东风牌翻斗车到达该处的昆明市官渡公安分局小板桥派出所联防队员赵洪才、彭建昌、尹正华、柏怀昌盘查。凌晨四时许，滕典东、杨明才返回接应时，见左曙光正被盘查，杨明才即下车持枪对联防队员进行射杀。致赵洪才、彭建昌头部等处中弹当场死亡，尹正华腰部中弹受轻伤，杨明才又持枪追杀柏怀昌未遂。被告人认为被击中的三名联防队员已死，便由杨明才、左曙光将 3 名队员抛入东风翻斗车车厢内。由滕典东驾车去接杨天勇。后杨明才发现受伤的尹正华逃离，唯恐赵、彭二人未死，又持钢管击打赵、彭二人身体。随后，左曙光、杨明才与由被告人滕典东接来的被告人杨天勇汇合，四人驾车逃离现场。

1998 年 4 月 20 日 20 时许，被告人杨天勇持枪抢得的“五四”式手枪，被告人杨明才、滕典东分别携带手铐，驾车至昆明市海埂民族村索道站附近空地，冒充缉毒警察对停放在空地上的牌照号为云 OA0455 的昌河微型车内的王俊波、王晓湘进行盘查。由滕典东、杨明才强行给二人戴上手铐，杨天勇持从王俊波身上

劫取的“七七”式手枪，在车内将王俊波、王晓湘枪杀后，杨明才又持械打击二名被害人的头部并劫取二人随身携带的微型采访机、传呼机等物品。当晚，三被告人将该车连同二名被害人的尸体丢弃于昆明市圆西路思远科技工贸有限公司门外，即逃离现场。

1998年6月9日，被告人杨明才携带劫取的“七七”式手枪，被告人滕典东携带手铐，驾车至昆明市晋宁县晋城镇附近，将被害人王芬诱骗上车。杨明才与王芬发生性关系后，二被告人用手铐将王芬双手拷住，共同扼压王芬的颈部致其昏迷。尔后将王芬丢弃于昆洛公路昆明市呈贡县大渔乡月角办事处太平关村新河沟内致王芬溺水死亡。

1999年3月6日21时许，被告人杨天勇携带“七七”式手枪，纠集杨明才、滕典东、左曙光，携带手铐等作案工具，驾车至昆明市昆交会场馆东门外。冒充执勤警察对停放于路边的1辆牌照号为云K08465的尼桑公爵王轿车驾驶员吴峰及同车乘坐的1名女青年进行“盘查”，用手铐分别铐住二人。由滕典东驾驶该车将二被害人劫持到昆明市官渡区阿拉乡大麻苴村326号炸药仓库。杨天勇、杨明才共同将吴峰及同车的女青年杀死后毁尸灭迹。所劫车辆由滕典东、左曙光连夜驾驶欲往辽宁省大连市销赃。同年3月9日在途经陕西省镇巴县时，因行车手续不全，被镇巴县交警大队扣留。

1999年3月19日上午10时许，被告人肖林、杨明才分别持“七七”式手枪和“五四”式手枪，被告人左曙光、滕典东携带手铐，由滕典东驾车至昆明市关上镇双福路银海花园旁，冒充缉毒警察，将李双全驾驶的牌照号为贵F70540号的三菱吉普车逼停。左曙光、滕典东强行给李双全戴上手铐，将人、车劫持至官渡区阿拉乡大麻苴村326号炸药仓库内。被告人杨天勇对李双全问话并制作“询问笔录”后，由肖林、滕典东、左曙光、杨明才共同将李双全扼死并毁尸灭迹。所劫车辆由杨天勇销赃贩卖。

1999年4月18日，被告人肖林持“七七”式手枪，被告人杨明才、滕典东、左曙光持“五四”式手枪及手铐等作案工具，在昆明市昆华医院停车场，冒充缉毒警察，以查缉毒品为名拦下被害人冯毅驾驶的牌照号为云A95371的三菱吉普车。肖林、滕典东强行对冯毅戴上手铐，将人、车劫持至昆明市官渡区阿拉乡大麻苴村326号炸药仓库内。被告人杨天勇对冯毅问话并制作“询问笔录”后，威逼冯毅与其女友电话联系未果，遂由滕典东、杨明才、左曙光共同用绳索将冯毅勒死并毁尸灭迹。用劫取的冯毅牡丹卡两次提款共计1 400元。所劫车辆由肖林等人销赃贩卖。

1999年6月7日8时许，被告人肖林、左曙光、肖力冒充警察，在昆明市官

渡区牛街庄附近将被害人张康劫持至昆明市西山区明朗水库空指养殖场内，暴力胁迫张康交出其汽车钥匙。当日 9 时许，肖林、肖力到牛街庄 508 号院内将张康所驾驶的牌照号为云 AA7202 的三菱吉普车劫持至养殖场。尔后肖林、左曙光、肖力共同将张康勒死并毁尸灭迹。所劫车辆由肖林等人销赃贩卖。

1999 年 6 月 15 日 21 时许，被告人杨天勇持“七七”式手枪，被告人滕典东、杨明才携带手铐等作案工具。在昆明市官渡区大白庙附近，冒充执勤警察，由滕典东驾车将李亚鹏驾驶的牌照号为云 A95153 的桑塔纳 2000 型轿车逼停，将人、车劫持至昆明市官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库内。杨天勇对李亚鹏问话并制作“询问笔录”后，用“七七”式手枪将李亚鹏杀死，由杨明才、滕典东毁尸灭迹。所劫车辆由杨天勇、滕典东等人销赃贩卖。

1999 年 12 月 24 日 23 时许，被告人杨天勇持“七七”式手枪，滕典东、杨明才携带手铐等作案工具，伙同曹丽敏（另案处理）共同驾车寻找作案目标。在云南省煤田地质局附近，将王朝能、曾国祥驾乘的牌照号为云 AA4958 的三菱吉普车逼停，三被告人冒充执勤民警，将王、曾二人连同该车一起劫持。途中，杨天勇在车内将曾国祥扼死，后在昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内，杨天勇、杨明才、滕典东共同将王朝能勒死。由杨明才、滕典东毁尸灭迹。所劫车辆由杨天勇销赃贩卖。

2000 年 4 月 23 日 20 时许，被告人杨天勇和曹丽敏驾长安微型车物色作案目标后，杨天勇指使被告人滕典东、柴国利、杨明才在昆明市关上路与关南路交叉口附近冒充警察设卡，将王春所驾驶的牌照号为云 A98812 的三菱吉普车堵停。杨天勇到达现场后，与其他被告人共同将王春所连同该车劫持至昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内。杨天勇对王春所问话并制作“询问笔录”后，滕典东、柴国利、杨明才共同将王春所勒死，由杨明才、滕典东毁尸灭迹。所劫车辆由杨天勇销赃贩卖。

2000 年 5 月 31 日 7 时许，被告人杨天勇指使被告人滕典东、左曙光、杨明才持“七七”式手枪和手铐等作案工具，冒充警察在石林至安宁公路大石坝收费站守候。杨天勇与曹丽敏驾车尾随王元福、朱昆驾乘的牌照号为辰 L70039 号黑色奔驰 S320 轿车向昆明市区方向行驶，杨天勇通知滕典东等人在大石坝将该车堵停后，杨天勇和曹丽敏随即到达。曹丽敏驾车离开后，杨天勇、滕典东、左曙光、杨明才将王元福、朱昆和该车一起劫持至昆明铁路液化气公司羊方凹供气站内。由杨天勇与收赃人联系并指使滕典东、左曙光驾驶该车前往贵州省贵阳市销赃。尔后，杨天勇、杨明才对王元福、朱昆问话并搜走朱昆的驾驶证、警民联系卡、交通银行储蓄卡、建设银行储蓄卡，王元福的退伍证等物品，威逼朱昆说出

其储蓄卡的密码并威逼朱昆、王元福分别用手机向单位谎称有事、有病不能及时回单位。随后，杨天勇、杨明才共同将王元福、朱昆勒死，由杨明才毁尸灭迹。

原审判决认定，该犯罪集团上述抢劫、故意杀人、抢劫枪支弹药的犯罪事实，有经庭审举证、质证后确认的下列证据予以证实：

1. 被害人亲属及所在单位向公安机关报告失踪人身份及车辆型号、车牌、枪支型号及枪身号等有关情况的原始报案记录和公安机关的立案侦查决定；

2. 被抢劫、盗窃的车辆全部被公安机关查获或破案后追缴在案。其车型、发动机号俊与被害人亲属、单位报案记录吻合；

3. 公安机关破案后分别从上列被告人、上诉人住所查获的部分被害人生前所用的手机、传呼机、手表、金戒指、计算器、衣物、驾驶证、工作证等物，经被害人亲属分别辨认无误；

4. 从被告人肖林住处查获周国祥生前佩带的“五四”式手枪 1 支；从被告人杨天勇住处查获王俊波生前佩带的“七七”式手枪 1 支及“索尼”M425 采访机一台，枪身、机身号码均与被害人所在单位的原始登记相吻合；

5. 公安机关对被害人周国祥、杨卫东、刀国兴、王芬、王俊波、王晓湘、彭健昌、赵洪才被害、移尸的现场勘验笔录和尸检笔录、照片在卷；

6. 7 名被告人对所犯罪行供认不讳，并分别对各自参与作案的地点、杀人抛尸现场作了同一指认，在系列照片中辨认出其参与杀害的被害人的照片并交代出了部分被害人姓名，相关指认、辨认笔录及照片均已收集在案；

7. 公安机关从昆明铁路液化气公司羊方凹供气站杀人碎尸现场提取的 15 枚人指（趾）甲，经 DNA 测定，其中 9 枚系被害民警朱昆的指（趾）甲；从杨天勇住处查获的“询问”冯毅、王春所、李亚鹏的 3 份“笔录”，经笔迹鉴定，系杨天勇书写；

8. 陕西省镇巴县交警大队情况说明，证实 1999 年 3 月 9 日在镇巴县境内扣留了左曙光、滕典东驾乘的牌照号为云 K08465 的尼桑公爵王轿车的事实。该轿车系被害人吴峰生前驾驶；

9. 七被告人对各自组织参与的杀人、抢劫、抢劫枪支弹药的事实均当庭供认，其供述能相互吻合且与上列证据相印证。

此外，被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利在上述期间，还多次实施盗窃机动车辆的犯罪行为，被告人杨天勇还实施了私藏弹药的犯罪行为，其中：

1997 年 6 月 23 日晚，肖林、柴国利、肖力在成都军区昆明总医院停车场内，盗得牌照号为贵 B30523 的北京吉普车 1 辆。

1997年7月23日晚，被告人杨天勇、肖林、杨明才、肖力在云南省体育场招待所内，盗得牌照号为云A59650的北京吉普车1辆。

1997年10月28日凌晨，被告人杨天勇、滕典东、杨明才、左曙光、肖力在昆明市曙光东区68栋院内，盗得牌照号为云A73033的昌河微型车1辆。

1997年11月9日晚，被告人滕典东、左曙光、杨明才在昆明市官渡区关上镇双福路银海花园南区停车场内，盗得牌照号为云A77415的昌河微型车1辆。同年11月14日凌晨，三被告人又在昆明市官渡区牛街庄铁路电化小区内，盗得牌照号为云A67478的长安微型车1辆。

1998年4月12日晚，被告人杨天勇、滕典东、杨明才在成都军区物资供应站仓库内，盗得牌照号分别为云A86152和云A86155的两辆长安微型车。

1998年8月26日晚，被告人杨天勇、滕典东在本市新迎小区伟龙花园内，盗得牌照号为云A39957的长安微型车1辆。

1999年3月1日晚，被告人肖林、滕典东、左曙光在昆明市关上镇官渡区中医院门口，盗得牌照号为云O01216的北京吉普车1辆。

1999年4月1日晚，被告人肖林、滕典东、左曙光、杨明才在昆明市大树营立交桥下，盗得牌照号为云AB1122的长安微型车1辆。

1999年5月5日凌晨，被告人肖林、肖力、左曙光在昆明市东站新村电子设备厂宿舍，盗得牌照号为云AC1501的昌河微型车1辆。

2000年5月16日中午，被告人肖林、肖力在昆明市董家湾群泰厨具店附近，盗得牌照号为辰P10038的北京吉普车1辆。

2000年6月19日，公安机关在对杨天勇租用的昆明铁路液化气公司羊方凹供气站进行现场勘查时，从被告人杨天勇住房内查获其私藏的TNT火药0.8公斤、导火索2.27米、军用电雷管2枚、铜壳火雷管7枚、纸壳火雷管21枚、拉火管6枚、木柄手榴弹10枚、发烟手榴弹2枚、“五一”式手枪子弹310发、“六四”式手枪子弹147发、“五九”式手枪子弹16发、半自动步枪子弹430发。

上述事实，原审以庭审确认的以下证据综合证实：

(1) 被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利的供述及指认现场笔录，其各自供述的盗窃车辆的人员及时间、地点、所盗车辆型号等情节与被盗单位及个人的报案材料，证实车辆分别被盗的时间、地点、车型等，均可相互印证；

(2) 公安机关查获追缴的被盗车辆经物价部门评估，证实被盗的12辆各型车辆折价共计人民币40.52万元。

(3) 公安机关对杨天勇住处的勘查笔录、扣押物品清单记载查获各类弹药的

数量经当庭核实无误。杨天勇对私藏弹药的犯罪事实亦供认不讳。

原审判决认为，公诉机关指控被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利分别犯有故意杀人罪、抢劫罪、抢劫枪支弹药罪、盗窃罪、私藏弹药罪的犯罪事实、证据，经庭审举证、质证，查明事实，罪名成立。依照《中华人民共和国刑法》第12条、第232条、第263条第（四）、（五）、（六）、（七）项、第264条、第127条第2款、第128条第1款、第26条、第68条、第69条、第57条第1款的规定，作出如下判决：

一、被告人杨天勇犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯私藏弹药罪，判处有期徒刑六年。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

二、被告人肖林犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

三、被告人杨明才犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑15年，并处罚金人民币5万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

四、被告人滕典东犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑15年，并处罚金人民币5万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

五、被告人肖力犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑12年，并处罚金人民币5万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

六、被告人左曙光犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑15年，并处罚金人民币5万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

七、被告人柴国利犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯抢劫

罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯抢劫枪支弹药罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑 7 年，并处罚金人民币 5 万元。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

八、缴获的牌照号为云 AB8512 的长安微型车及军、警服装、警用械具等作案工具依法予以没收。

九、收缴的弹药等违禁品依法予以没收。

一审刑事判决宣判后，被告人杨天勇、肖林、滕典东、左曙光表示服判，不上诉。被告人杨明才以“不是主犯，是在杨天勇胁迫下参与作案，只起辅助作用”为由，提出上诉，请求从轻处罚。其辩护人提出的“一审认定杨明才抢劫枪支弹药无事实依据，不能认定其构成抢劫枪支弹药罪”为由，为杨明才辩护。被告人肖力以“部分事实不清，在本案中应属从犯，归案后认罪态度较好”为由，提出上诉，请求从轻处罚。其辩护人以同样的辩护意见为肖力辩护。被告人柴国利以“一审未予认定其自首情节，违背我国刑法有关自首的规定，认定事实有误”为由，提出上诉，请求给予特殊的宽容。其辩护人以同样的辩护意见为柴国利辩护。被告人滕典东的辩护人提出“滕典东在本案中处于从属和被支配地位，系从犯，其不具有抢劫枪支弹药的主观故意和客观行为，不构成抢劫枪支弹药罪”为由，为滕典东辩护。被告人左曙光的辩护人提出“左曙光是系受胁迫参与犯罪，部分事实不符”为由，为左曙光辩护。被告人杨天勇、肖林分别拒绝本院为其指定的辩护人为其辩护。根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 38 条的规定，本院予以准许。

一审刑事附带民事判决宣判后，原审被告人及各附带民事诉讼原告人均表示不上诉。检察机关也未提出抗诉，附带民事判决部分已发生法律效力。

经审理查明，原审判决认定被告人杨天勇、肖林，为实施犯罪，共同预谋，纠集被告人杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利组成以暴力犯罪为手段，敛财为目的，成员固定，组织严密，分工明确的犯罪集团。并建立了位于昆明市官渡区阿拉乡大麻苴村 326 号炸药仓库、昆明铁路液化气公司羊方凹供气站、昆明市西山区明朗水库空指养殖场等 3 个杀人毁尸的犯罪据点。在 1997 年 4 月至 2000 年 5 月期间，频繁进行抢劫、杀人、盗窃作案。共杀害无辜公民 19 人，杀伤 1 人，抢得手枪两支；抢劫机动车 9 辆，盗窃机动车 12 辆共价值合计人民币 370 余万元；一审查明的上述犯罪事实清楚，认定的证据确实、充分，本院予以确认。

本院审理认为，以杨天勇、肖林为首结成的犯罪团伙，是一个组织严密、成员固定、分工明确、主观恶习相投、共同犯罪目的一致的暴力性犯罪集团。自 1997 年 4 月以来，疯狂地实施抢劫、故意杀人、抢劫枪支弹药、盗窃等犯罪活

动达25次。在故意杀人犯罪中，毫无人性地肢解烹煮11名被害人尸体，手段残忍至极。该犯罪集团所犯罪行情节恶劣，后果特别严重，社会影响极坏，危害性极大，应当实行数罪并罚，依法从严惩处。杨天勇、肖林是组织、领导该犯罪集团进行暴力犯罪活动的首要分子，要对该犯罪集团所犯的全部罪行承担刑事责任，应依法予以严惩。

其他犯罪集团成员中，上诉人杨明才积极参加犯罪活动，共参与抢劫、故意杀人、抢劫枪支弹药犯罪11次。直接杀害或参与杀害16人、杀伤1人。抢劫了“七七”式手枪1支，高档机动车8辆，价值人民币292万元。参与盗窃6次，盗得机动车7辆。在残杀肢解被害人过程中，手段凶狠，令人发指。确系该集团主犯，应数罪并罚，依法严惩。

原审被告人滕典东在该集团犯罪活动中行为积极，共参与抢劫、杀人、抢劫枪支弹药犯罪12次。直接杀害或参与杀害17人、伤1人。抢劫了“七七”式手枪1支，高档机动车8辆，价值人民币292万元。参与盗窃7次，盗得机动车8辆。在残杀肢解被害人过程中，手段特别残忍，确系该集团主犯。应数罪并罚，依法严惩。

原审被告人左曙光积极参加该犯罪集团的犯罪活动，参与抢劫、故意杀人7次。直接杀害或参与杀害10人、伤1人。抢劫了高档机动车6辆，价值人民币248.7万元。参与盗窃6次，盗得机动车6辆。在残杀肢解被害人过程中，行为凶残。确系该集团主犯。应数罪并罚，依法严惩。

上诉人肖力积极参加该犯罪集团的犯罪活动，参与抢劫、故意杀人、抢劫枪支弹药3次，直接杀害并肢解被害人1名，参与杀害2人。抢劫了“五四”式手枪1支，高档机动车2辆，价值人民币82.7万元。参与盗窃5次，盗得机动车5辆。应数罪并罚，依法从严惩处。

上诉人柴国利在该犯罪集团的犯罪活动中行为积极，第一、二次即参加作案并直接实施杀人行为，在3年多时间里先后共参与抢劫、故意杀人、抢劫枪支弹药4次，直接动手杀害被害人4名，抢劫了“五四”式手枪1支，高档机动车2辆，价值人民币75.5万元。参与盗窃1次，盗得机动车1辆。在杀害被害人过程中，手段凶残。亦应数罪并罚，并依法从严惩处。

对于上诉人杨明才、肖力、柴国利的上诉理由及各辩护人的辩护意见，本院分别评判如下：

关于上诉人杨明才提出“不是主犯，是在杨天勇胁迫下参与作案，只起辅助作用”的上诉理由及其辩护人提出“一审认定杨明才抢劫枪支弹药无事实依据，不能认定其构成抢劫枪支弹药罪”的辩护意见，本院根据上述已经查明的事实认

为，杨明才自加入以杨天勇、肖林为首的犯罪集团后，为该集团劫取枪支弹药，准备各类凶器，以利进行暴力犯罪的目的是明确的，犯意是共同的，并且在整个集团犯罪过程中，其直接参与抢劫、故意杀人达 11 起。其中直接开枪射杀保安人员 2 名、伤 1 名。伙同同伙亲手杀害刀国兴、王芬、吴峰、李双全、冯毅、王朝能、王春所、王元福、朱昆等被害人，并进行惨无人性的毁尸灭迹。其犯罪之疯狂，不是“受胁迫”所做得出来的；其杀人之多，手段之凶残，足以证明决不是仅起“辅助”作用。在伙同首犯杨天勇、主犯滕典东杀害王俊波、王晓湘，抢劫“七七”式手枪的犯罪过程中，按分工用手铐将“二王”铐住。使首犯杨天勇得以劫枪杀人，依法应当承担抢劫枪支弹药共犯的刑事责任。上述事实表明，其上诉理由及辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

关于上诉人肖力及其辩护人提出“部分事实不清，在本案中属从犯，归案后认罪态度好”的上诉理由和辩护意见。本院认为，上诉人肖力在参与杀害被害人张康的过程中，又持逼张交出的“三菱”车钥匙到牛节庄 508 号院内将张的“三菱”吉普车劫走，随后与肖林、左曙光共同将张康勒死并毁尸灭迹。在抢劫、杀害刀国兴过程中，按分工亲自驾车劫持刀国兴人车，在刀被杀害后，又与同伙将刀的尸体运至金刀营岔路口丢弃在一窨井内。在杀害保卫干部周国祥，抢劫周佩带的“五四”式手枪过程中，冒充现役军人，驾车将周诱骗上车，虽未直接动刀杀人，但杀人抢劫枪支的犯罪目的是明确的，且事先有过策划，对被害人进行了跟踪，理应承担共犯的刑事责任。在这 3 次抢劫、故意杀人、抢劫枪支弹药犯罪中，除首犯杨天勇、肖林起组织、指挥作用外，肖力与其他共犯仅是分工的不同，其作用相当，不存在主从之别。因此，其上诉理由及辩护意见不能成立。其归案后虽能坦白认罪，但是否从轻处罚，应根据其犯罪的事实，犯罪手段、危害后果综合裁量。据此，其上诉理由和辩护意见本院不予采纳。

关于上诉人柴国利及其辩护人提出“一审未予认定其自首情节，违背我国刑法有关自首的规定，认定事实有误”的上诉理由和辩护意见。本院从已查明的事实认为，上诉人柴国利在销售该犯罪集团抢劫杀害被害人王春所后所获赃物手机的过程中，被公安机关侦控抓获，审查中百般狡辩，拒不交待其任何犯罪事实。3 天后，在公安机关出示对其住处进行搜查所获的且经王春所亲属辨认确认的王春所生前使用的与该手机配套的车载手机充电器及耳机等部分犯罪证据后，才供述了本人所犯和同案其他被告人的罪行。其行为不属于我国刑法规定的投案或者如实供述司法机关还未掌握的本人罪行的情形，故不能以自首论，其上诉理由和辩护意见本院不予采纳。另外，一审判决认定柴国利有“重大”立功表现不当，根据最高人民法院有关司法解释，我国刑法第 68 条所规定的“重大立功”是犯罪分子有检举、揭发他

人重大犯罪行为，查证属实的。柴国利归案后虽然揭发了该犯罪集团中同案犯的重大犯罪行为，但尚不能等同于揭发同案外“他人”的重大犯罪行为，故对柴国利在本案中的立功表现应予认定，但其“重大立功”不能成立。

关于滕典东、左曙光的二审指定辩护人分别提出“是受胁迫参与犯罪，系从犯”，“滕典东的行为构成抢劫枪支弹药罪无事实依据”的辩护意见，本院已经查明的事实充分证明，被告人滕典东、左曙光自加入以杨天勇、肖林为首的暴力犯罪集团后，犯罪目的明确，行为主动积极，手段都极其凶残。在抢劫、杀人犯罪活动中，滕典东参加了12次，直接或参与杀害被害人16名；左曙光参与了7次，直接或参与杀害被害人10名、伤1名，二人在共同犯罪中均起到主要作用。并且，在该集团的犯罪活动中，抢劫枪支弹药用于暴力犯罪，既是该集团共同的犯意，也是该集团抢劫犯罪追求的目的之一。滕典东在伙同杨天勇、杨明才共同杀害王俊波、王晓湘，抢劫七七式手枪1支的过程中，与杨明才一起将“二王”用手铐铐住，使杨天勇得以将王俊波的枪抢劫并将“二王”枪杀。此次抢劫的共同目的就是抢枪，客观上也共同实施了杀人抢枪的行为，滕典东依法必须承担抢劫枪支弹药罪共犯的刑事责任。滕典东、左曙光的指定辩护人的辩护意见本院不予采纳。

综上所述，本院认为，原审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，根据被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、左曙光、肖力、柴国利的犯罪事实，犯罪情节，社会危害后果及其在该犯罪集团中的地位和作用，原审所作判决定罪准确，量刑适当。审判程序合法。各上诉人所提上诉理由均不能成立，予以驳回，二审辩护人的意见本院亦不予采纳。据此，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。根据《最高人民法院关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知》的规定，本裁定即为核准以抢劫罪、故意杀人罪、抢劫枪支弹药罪分别判处被告人杨天勇、肖林、杨明才、滕典东、肖力、柴国利死刑，剥夺政治权利终身；以抢劫罪、故意杀人罪判处被告人左曙光死刑，剥夺政治权利终身的刑事裁定。

审判长：肖苏英

审判员：吕　俊

代理审判员：陈爱和

2000年11月16日

书记员：孔　睿

王国清等抢劫、故意伤害、盗窃案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、关于转化型抢劫罪（准抢劫罪）的认定
六、共犯人对实行过限行为刑事责任的承担问题
七、转化型抢劫罪的结果加重刑罚适用问题
八、数罪自首的处罚
九、结语
附录一：北京市第一中级人民法院刑事判决书
附录二：北京市高级人民法院刑事裁定书

一、选案理由

王国清等抢劫、故意伤害、盗窃案，由于社会危害性极其严重，尤其是被告人王国清将对其实施抓捕的人民警察杀害，犯罪性质极其恶劣，多家媒体对此案予以报道，引起社会广泛关注。本案较为复杂，被告人王国清曾因与朱某发生纠纷而将其故意伤害致死，并多次伙同另两被告人李中保、李德玉在公共场所盗窃财物，后三被告人预谋在颐和园盗窃游客财物，在窃得财物后被发觉，在逃跑过程中，被告人王国清对前来抓捕的民警和群众使用暴力，致使民警袁时光死亡，并分别致另两个群众轻伤和轻微伤。归案后，王对其以前所犯故意伤害罪予以主动交待。因此，该案不但是一起较为典型的由盗窃罪转化为抢劫罪的刑事案件，对于研究《刑法》第269条规定的转化型抢劫罪来说，是一个全面深入并且非常

细致的素材，而且还集中反映了转化型抢劫罪的认定、实行过限刑事责任的承担以及数罪自首等问题。因此，该案无论从社会影响还是从刑法理论研究价值角度看，均适合入选本书。

二、基本案情

被告人王国清，男，1978 年 1 月 15 日出生，汉族，出生地辽宁省抚顺市，高中文化，无业，住辽宁省抚顺市东洲区阿金沟 3 委 4 组依兰街 16—1 号 2 单元 301 号；1995 年 6 月因盗窃被处以劳动教养 1 年，1998 年 4 月因寻衅滋事被处以劳动教养 2 年；因涉嫌犯抢劫罪、故意伤害罪、盗窃罪于 2000 年 7 月 23 日被羁押，8 月 10 日被逮捕。

被告人李德玉，男，1970 年 3 月 30 日出生，汉族，出生地吉林省梅河口市，小学文化，农民，住吉林省梅河口市新河镇东兴村三屯；1998 年 6 月因殴打他人被处以行政拘留 15 日，1999 年 4 月因偷窃被处以行政拘留 15 日；因涉嫌犯盗窃罪、销售赃物罪于 2000 年 7 月 29 日被羁押，8 月 10 日被逮捕。

被告人李中保，男，1974 年 8 月 22 日出生，汉族，出生地河南省固始县，小学文化，农民，住河南省固始县分水亭乡吴集村天堂村民组；1996 年 9 月因盗窃被处以劳动教养 2 年，1999 年 4 月因偷窃被处以行政拘留 15 日；因涉嫌犯盗窃罪于 2000 年 7 月 23 日被羁押，8 月 10 日被逮捕。

法院经审理查明：

（1）被告人王国清、李中保、李德玉共同预谋盗窃，遂于 2000 年 7 月 23 日 8 时许，在北京市海淀区颐和园东宫门售票处，由李德玉负责望风，王国清、李中保混入购票的人群中行窃，当王国清、李中保窃得游客曹亮的摩托罗拉牌移动电话机 1 部（价值人民币1 595元）后，欲逃离现场时被发现，北京市公安局海淀分局东宫门派出所民警袁时光（男，时年 33 岁）与在场群众张林、何琦即上前抓捕。当袁时光等人追赶王国清等至颐和园东宫门邮电局附近时，被告人王国清掏出随身携带的尖刀行凶拒捕，将袁时光腹主动脉刺破，致急性失血性休克死亡；将张林右臂及左胸刺伤，构成轻伤；将何琦右前胸刺伤，构成轻微伤。被告人李中保趁机逃跑时，被在场群众抓获。后被告人王国清、李德玉被查获归案。

（2）被告人王国清于 2000 年 7 月 4 日 22 时许，在北京市通州区永顺西街下车时，与骑摩托车行至此处的朱太平（男，时年 34 岁）相碰，双方发生争执，王国清即持随身携带的尖刀向朱太平的胸部、腰部猛刺，朱太平因心脏被刺破，致失血性休克死亡。

（3）被告人王国清、李中保于 2000 年 7 月 22 日上午，在北京市颐和园德和

园内，窃得1名游客的摩托罗拉T2688型移动电话机（黄颜色）1部，价值人民币1 600元。被告人李德玉明知该移动电话系盗窃所得，仍予以销赃。

（4）被告人王国清、李中保、李德玉于2000年7月22日中午，在北京市颐和园广场南侧一饭馆内，由王国清窃得一游客理光牌照相机1架，价值人民币540元。后3人在海淀区西苑同庆街北京佳达龙鹏通讯公司内，由王国清窃得望远镜1架，价值人民币268元。

三、裁判要旨

行为人以非法占有为目的，多次秘密窃取他人财物，数额较大；在盗窃他人财物被发现后，以暴力抗拒抓捕，致人死伤，其行为已分别构成盗窃罪、抢劫罪，应当按照刑法关于数罪并罚的规定定罪处罚。明知抓捕自己的是警察，为抗拒抓捕仍然以暴力对抓捕者进行侵害，社会危害性极大，必须严惩。在被抓获后供述了司法机关尚不掌握的其他犯罪事实，可视为自首，对其所犯供述之罪可以依法予以从轻处罚。

四、引发的理论问题

1. 如何认定转化型抢劫罪？本案被告王国清在盗窃他人财物被发现后，在未窃得财物的情况下，以暴力抗拒抓捕，致1人死亡，2人受伤，司法机关以转化型抢劫罪对其定罪处罚。由此引发了第一个理论问题：如何认定转化型抢劫罪？具体而言，需要弄清以下几个方面的问题：①对其所实施的盗窃行为是否要求数额较大，构成犯罪？②如何理解当场使用暴力或以暴力相威胁中的“当场”？③转化型抢劫罪与典型抢劫罪在使用暴力或以暴力相威胁的目的方面有何不同？

2. 转化型抢劫罪是否适用刑法第263条第2档法定刑？《刑法》第263条对抢劫罪规定了两个量刑档次，第二档对于抢劫致人重伤或死亡的，可判10年以上有期徒刑，无期徒刑或者死刑。本案被告人王国清为抗拒抓捕，使用暴力致人死亡。由此引发第二个理论问题，即其行为是否属于抢劫致人死亡？能否适用《刑法》第263条第二档法定刑？

3. 共同犯罪行为人是否应对过限行为负刑事责任？共同犯罪人未共同实施的犯罪行为，即实行过限行为，无论在刑法理论上还是在司法实践中都具有重要地位。本案中，被告李中保、李德玉参与了王国清的盗窃行为，但并未使用暴力抗拒抓捕，这二人是否应承担暴力致人死亡的刑事责任？对这一问题的研究，对于丰富共同犯罪理论，解决实践中一些疑难问题，无疑具有重要意义。

4. 一人犯数罪，仅对其中一罪有自首情节的，如何从轻或减轻处罚？在一

人犯有数罪时，如果行为人在主动归案后，对其所犯数罪均作了如实供述，则对其定性和处罚，并不存在争议。但是，当一人犯有数罪，而行为人在归案后只主动如实交待了其中一罪或几罪，是对其主动交待的该一罪或几罪以自首论，还是应当认定全案成立自首？对这一问题，在理论上和实践中则有不同看法。

本案被告王国清在被抓获后主动交待了司法机关还未掌握的故意伤害罪，依照刑法有关规定，成立自首，但其自首情节能否及于全案，也就是说，王国清自首其所犯故意伤害罪的效力能否也及于其并非交待而被司法机关查获的其他罪行，值得研究。

本文拟从上述四个问题出发，对转化型抢劫罪、共同犯罪实行过限以及数罪自首中的有关问题作较为深入的分析。

五、关于转化型抢劫罪（准抢劫罪）的认定

（一）构成转化型抢劫罪的条件

现行《刑法》第 269 条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚。”这是在实施盗窃、诈骗、抢夺罪过程中，因发生上述法定事实而转化为抢劫罪，故通常称为转化型抢劫罪或准抢劫罪。

早在我国古代《唐律》中就有了“先盗后强”的规定，意即先实施盗窃，被人发觉后实施暴力、胁迫，强占财物的以强盗罪论。但是，“盗窃发觉，弃财逃走，财主追捕，因相拒捍，如此之类，事有因缘者，非强盗。”① 其他国家和地区的现代刑法中，有的也有准抢劫罪的规定，但内容不尽相同。例如，《韩国刑法典》在“盗窃与强盗罪”一章中的第 335 条规定：“盗窃者为抗拒夺回，逃避逮捕或湮灭罪证，施以暴力或胁迫的，依强盗罪的规定处罚。”

适用我国《刑法》第 269 条认定转化型抢劫罪，应当掌握以下条件：

1. 行为人必须是先“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，这是向抢劫罪转化的前提条件，对此条件的含义如何理解，主要体现在盗窃、诈骗、抢夺的财物是否必须达到“数额较大”，对此司法实务界曾存在三种观点：

第一种观点认为，盗窃、诈骗、抢夺的财物必须达到“数额较大”，才能适用现行《刑法》第 269 条即 1979 年刑法第 153 条。理由是：《刑法》第 269 条即 1979 年《刑法》第 153 条规定的是“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，而不是实施这些违法的行为，而按照《刑法》第 264 条、第 266 条、第 267 条规定，盗窃、诈

① 参见［唐］长孙无忌撰：《唐律疏议》，中华书局 1983 年版，第 367 页。

骗、抢夺行为只有达到“数额较大”的才能构成犯罪，因此，适用《刑法》第269条的前提条件也必须坚持这一点。如果先前的盗窃、诈骗、抢夺行为未达到“数额较大”而属于一般违法的，就不能适用《刑法》第269条，这时当场使用暴力构成犯罪的，应按照有关的犯罪（如伤害、杀人罪）处理。①

第二种观点认为，1979年刑法第153条即现行《刑法》第269条的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，并非限定财物要达到“数额较大”。如果财物数额虽未达到“较大”，但暴力行为严重甚至造成严重后果的，应适用《刑法》第269条；但《刑法》第269条也不是把数额很小的小偷小摸行为都包括在内，如果先行实施小偷小摸行为，后为窝赃、拒捕、毁证而使用暴力的，不能依照《刑法》第269条定抢劫罪，应按其实际情况对暴力行为定伤害罪或杀人罪。②

第三种观点认为，从1979年《刑法》第153条即现行《刑法》第269条的犯罪性质和危害程度出发，从该条的立法原意及与抢劫罪的协调出发，再考虑到执法协调统一和标准明确一致的需要，适用《刑法》第269条定罪时，不应对先行的盗窃、诈骗、抢夺行为的数额作任何限制，它既不要求达到“数额较大”，也不宜排除“数额过小”。只要先行实施盗窃、诈骗、抢夺行为（无论既遂还是未遂），为窝赃、拒捕、毁证而当场实施暴力或以暴力相威胁，结合全案又不属于“情节显著轻微危害不大的”，就都应当按照《刑法》第269条定罪，而不应定为其他犯罪。③

以上观点都有各自的理由，第一种观点主张先行的盗窃、诈骗、抢夺行为必须达到“数额较大”，至少会造成以下一系列矛盾：①使危害性质和危害程度基本相同的第269条和第263条在定罪基础上严重失调，影响刑法内部罪刑的协调；②把先行盗窃、诈骗、抢夺财物数额不大，为拒捕、窝赃、毁证而当场实施伤害或杀害行为的案件认定为故意伤害罪或故意杀人罪，不能真实反映这种案件本来的特点及其危害性质，甚至在仅造成轻伤害的情况下会有罪重刑轻之虞；③如果上述情况下当场实施的暴力未造成伤害的，或者仅以暴力相威胁的，不管情节和危害程度多么严重，也无法对其定罪处罚，更是会明显宽纵罪犯；④按照第一种观点，先行盗窃、诈骗、抢夺未遂时为拒捕而实施暴力或暴力威胁的情况就难以适用第269条，而这类案件从性质和危害程度上看无疑是应当认定为转化型

---

① 参见孙国利、郑昌济：《刑法第一百五十三条的法理浅析》，载《法学评论》1983年第2期；朱庆林：《对我国刑法第一百五十三条规定的几点认识》，载《西北政法学院学报》1983年第2期。

② 参见陈兴良等：《案例刑法教程》（下卷），中国政法大学出版社1994年版，第278页。

③ 参见高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社1988年版，第574—575页。

抢劫罪的。因此，第一种观点是不正确的。第二种观点认为先行的盗窃等行为不必达到数额较大就可构成第 269 条之罪，这是正确的。但这种观点又主张适用第 269 条定罪，先行的盗窃等的数额不能过小，如果数额过小就依后行的暴力行为定故意伤害罪或故意杀人罪，则会造成标准不统一、不利于司法实践的后果，因而也欠妥。

有学者认为第三种观点较为合理，并加以论述。

（1）从立法意图看，我国《刑法》第 269 条规定的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，并不限于盗窃、诈骗、抢夺犯罪行为，而应理解为有犯盗窃、诈骗、抢夺罪的故意并且实施了盗窃、诈骗、抢夺行为。因为立法者在制定这一条文时的出发点，是考虑到盗窃、诈骗、抢夺行为在一定条件下可以向抢劫罪转化的情况，对这种行为有必要予以严厉的惩罚，既然《刑法》第 263 条对抢劫罪没有强调财物数额较大的限制，那么，对于这种转化情况就没有必要强调必须达到数额较大程度。当然，如果先行盗窃、诈骗、抢夺财物的数额很小，当场实施的暴力或暴力威胁也很轻，综合全案情节符合《刑法》第 13 条“情节显著轻微危害不大”的规定，应依法不认为是犯罪，自然也谈不上适用第 269 条。应注意的是，这里不是基于财物数额这一因素的作用，而是由于案件的综合情节尤其是后行的暴力或暴力情节显著轻微，才决定不构成犯罪。

（2）从司法解释看，《刑法》第 269 条“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”亦不要求达到数额较大，构成盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪。最高人民法院、最高人民检察院曾于 1988 年 3 月 16 日在《关于如何适用刑法第 153 条的批复》中指出：在司法实践中，有的被告人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，虽未达到数额较大，但为窝藏赃物、抗拒逮捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节严重的，可按照《刑法》第 153 条的规定，依照《刑法》第 150 条抢劫罪处罚；如果使用暴力相威胁情节不严重、危害不大的，不认为是犯罪。① 现行刑法在此问题上未作修改，故该司法解释仍可参照适用。上述司法解释表明，先前的盗窃、诈骗、抢夺行为，即使没有达到“数额较大”，也可以适用刑法第 269 条。这里提到“情节严重”，有的论者认为是指盗窃、诈骗、抢夺行为的情节严重，并进而以此认为转化型抢劫罪构成的前提条件是构成盗窃、诈骗、抢夺罪。②这种理解值得商榷。这里的“情节严重”如果是针对盗窃、诈骗、抢夺行为的，为什么不放在“未达到数额较大”之后呢？另外，后面“如果”一般说明暴力相威胁“情节不

---

① 参见《中华人民共和国法律分类纵览》（刑事法律卷），法律出版社 1994 年版，第 203 页。

② 参见陈兴良等：《案例刑法教程》（下卷），中国政法大学出版社 1994 年版，第 280 页。

严重”，正好与前面情节严重相对应，表明情节严重是限定窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的。因此，将情节严重解释为盗窃、诈骗、抢夺行为的情节严重，并进而说明先行的盗窃、诈骗、抢夺罪则过于牵强附会，其理由是难以成立的。①

笔者认为，把“犯盗窃，诈骗，抢夺罪”理解为必须达到“数额较大”的程度，而否定上述行为未遂也可以构成上述犯罪，是不妥当的。但是，如果说根本无须考虑行为人已经占有，意图占有和可能占有的数额大小以及其他情节，行为人有无犯罪的故意，只要有盗窃，诈骗，抢夺行为，就认定为具有转化的条件，也值得商榷。因为，刑法规定的是“犯盗窃，诈骗，抢夺罪”，而不是“实施盗窃，诈骗，抢夺行为”。例如：甲某16岁，整日无所事事，一日，见一男孩拿一气球，便上去抢夺，男孩不给，甲某便对其拳打脚踢，造成轻伤。本例中，因甲某的暴力情节严重而对其适用抢劫罪是否适当？笔者认为，显然不适当。因为，①甲某一开始并无犯罪意图，更无抢劫的意图，这与一般抢劫犯的危害性有所不同；②抢劫罪属于侵犯财产罪，财产权利是其主要客体，虽然本罪之构成不以实际获得的财物数额较大为标准，但是，不能不考虑行为人主观上无一不是意图抢劫较大或者巨大数额财物的。因此，综合全案情节看，为抢少量财物而使用暴力，定抢劫罪是否适当和必要都是值得研究的，更何况是由准抢劫罪向抢劫罪转化的情况。

综上所述，笔者认为，对于“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，既不能理解为是指实际占有的财物必须达到数额较大的标准，也不能根本不考虑行为人主观上意图和可能非法占有的财物数额较大，而认为只要其有上述三种行为之一，就具备了向抢劫转化的前提条件。

此外，对适用《刑法》第269条前提条件的理解，在先行的盗窃等行为是否必须达到既遂状态的问题上，也存在不同的看法。有的认为，先行的盗窃、诈骗、抢夺行为必须达到既遂状态，即非法占有财物之后，行为人又当场使用暴力或以暴力相威胁的，才符合适用第269条的前提条件而可依据该条定抢劫罪；如果先行的盗窃、诈骗、抢夺行为未达既遂状态即未能占有财物时，使用暴力或以暴力相威胁的，就不能适用第269条定罪。多数论者则不同意此种观点。笔者亦赞同多数论者的看法，认为先行的盗窃、诈骗、抢夺行为不管是否达到既遂状态即无论是否已非法占有财物，只要行为人基于窝赃、拒捕、毁证的目的而当场实

① 参见赵秉志主编：《中国刑法案例与学理研究（第四卷）》，法律出版社2001年版，第347—348页。

施暴力或以暴力相威胁，综合全部案情看又不属于“情节显著轻微危害不大”而达到犯罪程度的，就应当适用《刑法》第269条定抢劫罪，而不应定其他罪。

2. 当场使用暴力或者以暴力相威胁。这是向抢劫罪转化的客观条件。这里包含两层意思或两个因素。①行为人在实施盗窃、诈骗、抢夺行为之外，对他人又实施了暴力或暴力威胁。②暴力、暴力威胁是当场实施的。

这里所说的暴力，从司法实践中看，主要是指对被害人或其他人的身体实施强力打击，如殴打、伤害等最容易在紧迫情况下当场实施的行为。暴力威胁，是以当场实施暴力相威胁。至于暴力的限度，不要求必须达到危及人身健康、生命或使被害人不能反抗的程度。只要达到使被害人恐惧，反抗能力受到一定程度的抑制即可。但是，值得强调指出的是，暴力必须是行为人故意实施的。如果是在盗窃、诈骗、抢夺过程之中或之后过失致他人伤害，不能以准抢劫罪论处。例如，某甲深夜潜入一商店的二楼行窃，其携赃物正欲下楼被值班人员某乙撞见。乙揪住其右臂不放，二人走至楼梯口，甲为挣脱逃跑，用力一甩右臂，乙站立不稳，摔倒在楼梯上，造成轻伤。甲甩臂只为挣脱乙的束缚，而非对乙实施暴力，故对甲不能以准抢劫罪论处。

如何理解“当场”，对于认定是否转化为抢劫罪，至关重要。在1979年《刑法》公布实施的最初几年，曾经出现不同的理解。有的认为，“当场”是指实施盗窃、诈骗、抢夺的现场[①]；有的认为，“当场”是指窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证的当场[②]；有的认为，“当场”是指，①实施盗窃、诈骗、抢夺的现场；②以犯罪现场为中心与犯罪分子活动有关的一定空间范围，此外，只要犯罪分子尚未摆脱监视者力所能及的范围（包括各种仪器、工具的监测范围），都应属于“当场”。大多数主张，“当场”是指实施盗窃、诈骗、抢夺行为的现场，以及行为人刚一离开现场就被人及时发觉而立即被追捕中的场所。[③] 大多数学者的主张，仍然是目前的通说，是正确的、符合立法原意的。因为，该罪既然是由盗窃等向抢劫的转化，其暴力或暴力威胁行为的实施就要与前行为时空紧密相联，完全脱离盗窃等行为的时空的时间和地点不是本罪要求的“当场”；同时也要允许由先行的侵犯财产行为向后行的侵犯人身行为转化的时空限度，完全不允许有时空的延展，就往往不可能有后行的暴力或暴力威胁行为实施的余地。也就是说，本罪的暴力或威胁行为，与先行的盗窃等行为在时空上具有连续性和关联性，时

---

① 参见《人民司法选编本（1980年）》，第231页。

② 参见王礼仁：《如何理解刑法第一百五十三条中的“当场”》，载《西北政法学院学报》1984年第1期。

③ 参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第509页。

间上是前后连续而未间断的，地点上可是同一场所，也可是前行为场所的延展。该罪的犯罪构成也包含了主客观密切联系的这两种行为。因此，如果行为人在实施盗窃等行为的现场或刚一离开就被立即追捕过程中为窝赃、拒捕、毁证而实施暴力、威胁行为的，应当认定为转化的抢劫罪；但是，如果当时追捕已中断或结束，或者犯罪人在作案时未被发现和追捕，而是在其他的时间、地点被发现、被追捕的，这时盗窃犯等为窝赃、拒捕、毁证实施暴力、暴力威胁的，不能认为符合本罪的“当场”条件，而应对其前后行为分别依有关法条定罪处罚。因此这里所说“被追捕中”，是指行为人刚离开现场，立即被被害人、民警或其他人追捕，行为人基本上始终处于追捕人耳目所及的注视之下的场合，无论追逐多少距离之后，行为人为抗拒抓捕当场实施暴力或暴力威胁，都应以抢劫罪论处。即使行为人在被追捕过程中乘机藏匿于一隐蔽处或者混入人群，暂时脱离了追捕人的视线，但是，追捕人立即进行搜索，并发现行为人，行为人为抗拒抓捕而当场实施暴力或暴力威胁的，仍应以抢劫罪论处，因为整个追捕过程没有间断。如果行为人在被追捕中藏匿或者拦截汽车迅速逃跑，追捕人无法发现行为人，不得不停止追捕行动，在事后（包括在通缉过程中）被其他人发现进行抓捕，或者因又涉嫌其他违法犯罪事实而被抓捕，其当场实施暴力或暴力威胁的，对原来所犯盗窃、诈骗、抢夺罪，不能以抢劫罪论处。

3. 行为人当场实施暴力或者以暴力相威胁的目的，是为了“窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证”，这是适用《刑法》第 269 条的主观条件。这一条件使第 269 条的犯罪具有主客观相统一的特定内容，并使转化的抢劫罪与典型的抢劫罪在犯罪性质相当和危害程度相同或基本相同的基础上得以区别。

在典型的抢劫罪里，行为人实施暴力或暴力胁迫等侵犯他人人身权利行为的目的，不是为了窝赃、拒捕或者毁证，而是要直接夺取即强行非法占有公私财物，即侵犯人身行为是取财行为的手段；而转化的抢劫罪里的暴力或威胁行为并不具有这种功能，行为实施者也并不具有这种目的，而只是凭此来窝赃、拒捕、毁证。这种特定的主观条件，是与第 269 条的客观条件相辅相成的，因而正确理解与把握这一主观条件，是正确适用《刑法》第 269 条的又一关键所在。

“窝藏赃物”，实际上是指行为人意图把已经非法盗得、骗得、夺得的财物即赃物护住，不让被害人或其他制止、追捕者夺回去。而不是指作案得逞以后把赃物藏匿起来而实施暴力或暴力威胁。而且，从司法实践中看，后面这种情况的出现也是难以想象的。

“抗拒抓捕”，是对 1979 年《刑法》第 153 条“抗拒逮捕”作修改而成。1979 年《刑法》第 153 条规定的是“抗拒逮捕，”，结果造成理论上和实践中对

此理解不一。有的认为，“抗拒逮捕”中的逮捕，仅限于或主要是指经人民检察院或交由人民法院决定并由公安机关执行的逮捕。但大多数论者则认为，1979年《刑法》第153条的“逮捕”宜作广义的理解，它不仅是指（甚至主要不是指）经法院决定或检察院批准而由公安机关执行的逮捕，而且也必然包含公安人员和广大人民群众（包括被害人）抓捕扭送盗窃、诈骗、抢夺犯的行为。因为一般说来，盗窃、诈骗、抢夺行为的实施是司法机关预先不知道的，公安机关不可能事先办好逮捕手续而派人守候在现场，案件发生时司法机关来不及当场办好逮捕手续并抓捕罪犯，因而在一般情况下，即使公安人员当场的抓捕也不是正式的有法律手续的逮捕，而是依据我国《刑事诉讼法》第41条实施的拘捕；同时，根据修正的《刑事诉讼法》第63条第（1）、（4）项的规定，对正在实施盗窃、诈骗、抢夺犯罪或者犯罪后即时被发觉或者正在被捕的行为人，任何公民都有权立即将其抓捕扭送到司法机关处理，作为一般公民，这种抓捕扭送更不可能是有法律手续的正式逮捕。因此，对该条的“逮捕”作广义理解，既是因为这符合该种犯罪的实际情况，又是在于这有利于调动和发挥广大人民群众同违法犯罪行为作斗争的积极性。相反，把“逮捕”限制为有法律手续的逮捕，既不符合实际情况，也不利于同犯罪做斗争的实际需要。从司法实践看，司法机关对该条的“逮捕”作广义理解这一点，是基本一致的。

因此，现行刑法将“抗拒逮捕”改为“抗拒抓捕”，可以包括抗拒被害人、司法工作人员和见义勇为的一般公民对行为人的抓捕行动，既符合准抢劫罪的特点，又避免混淆逮捕这一法律概念与一般抓捕的界限，是理论趋于完善的表现，为正确适用《刑法》第269条奠定基础。①

“毁灭罪证”，是指销毁和消灭其实施盗窃、诈骗、抢夺等犯罪行为的痕迹或者其他物证、书证以掩盖其罪行。例如，行为人伪造证明前去诈骗金钱，该假证明就是其实施诈骗犯罪的证据，行为人的假证明被对方看出漏洞而予以扣留，行为人惟恐其罪行留下证据，想毁掉假证明尔后逃窜，遂一把从对方手里夺过假证明掷入炭火盆中，对方急上前欲将证明抢出，行为人猛挥拳将对方打倒在地致其伤害，随即逃走。这里行为人就是为了毁灭其诈骗的罪证而当场实施暴力的，应依刑法典第269条定为抢劫罪。

总之，适用《刑法》第269条的主观条件，就在于行为人当场实施暴力或暴力威胁行为的目的，是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证。行为人只要为其中一个具体目的而当场实施暴力或暴力威胁即符合该条的主观条件。但从司法实

① 参见赵秉志主编：《中国刑法案例与学理研究（第四卷）》，法律出版社2001年版，第354页。

践看，行为人当场实施暴力或暴力威胁，往往可以是为了同时追求其中两个以上的目的，例如，盗窃犯窃得财物后被人追捕，盗窃人拿出刀子威胁追捕者不要再追，要带赃物离去，扬言否则就要当场杀死追捕人，这里，盗窃人实施暴力威胁的目的，就应当说同时包括了窝赃和拒捕。此外，相对来说，实践中这类案件里行为人的具体目的，以拒捕最为常见，防护赃物次之，毁灭罪证又次之。

最后还应当强调指出，并非在盗窃、诈骗、抢夺过程中实施暴力或暴力威胁的，都符合《刑法》第 269 条的主观条件而应定为转化型抢劫罪，如果行为人在盗窃、诈骗、抢夺的过程中或得逞后虽然实施了暴力或暴力威胁行为，但其目的不是为了窝赃、拒捕、毁证的，就不能适用《刑法》第 269 条定罪。这大约有两种情况：

（1）应直接定抢劫罪。这是指行为人在盗窃、诈骗、抢夺过程中，被人发现或发现现场有人或者遇到了反抗等阻力，不是出于窝赃、拒捕或者毁证的目的，而是出于临时转变的强行非法占有财物的目的，当场以暴力或者暴力威胁手段来非法夺取财物，这就完全具备了《刑法》第 263 条典型的抢劫罪所要求的主客观特征，对这种案件不应依第 269 条定为转化的抢劫罪，而应直接按第 263 条抢劫罪定罪判刑。

（2）应定为杀人罪、伤害罪等。这是指行为人先行实施盗窃、诈骗、抢夺行后，不是出于第 269 条规定的窝赃、拒捕、毁证的目的，而是出于灭口、报复等其他动机杀害、伤害他人的情况。对于此类情况，在此，不再赘述。

（二）本案中王国清盗窃财物后为抗拒抓捕行为的认定

结合上文论述，回到本案来分析。

1. 本案中，被告人王国清与另两被告人共谋盗窃，具有非法占有他人财物的犯罪故意，并窃得他人手机一部，价值 1 595 元，根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》：个人盗窃公私财物“数额较大”，以 500 元至 2 000 元为起点。[①] 因此王国清盗窃他人财物的数额，已达到盗窃罪所要求的“数额较大”，构成盗窃罪，符合现行《刑法》第 269 条“犯盗窃罪”的规定。当然如前所述，构成转化型抢劫罪前提条件即先行的盗窃，诈骗，抢夺行为并不要求必须达到“数额较大”的要求，构成犯罪，所以即使本案中被告的盗窃行为没有达到“数额较大”的要求，其行为也符合转化型抢劫罪的前提条件。

---

① 参见《最高人民检察院现行有效司法解释及其理解与适用》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 397 页。

2. 被告人王国清在实施盗窃行为之后，又对抓捕人使用了暴力。被告人王国清、李中保窃得游客曹亮的摩托罗拉牌移动电话机1部后，欲逃离现场时被发现，北京市公安局海淀分局东宫门派出所民警袁时光与在场群众张林、何琦即上前抓捕。当袁时光等人追赶王国清等至颐和园东宫门邮电局附近时，被告人王国清掏出随身携带的尖刀行凶拒捕，将袁时光腹主动脉刺破，致急性失血性休克死亡；将张林右臂及左胸刺伤，构成轻伤；将何琦右前胸刺伤，构成轻微伤。在此过程中，被告人王国清对抓捕人实施暴力是出于故意，而不是在逃跑过程中的过失行为，并且其实施的暴力行为达到相当程度，造成一死二伤的严重后果，因而其行为符合转化型抢劫罪所要求的“暴力”条件。被告人王国清针对前来抓捕的警察和群众实施暴力，是“当场”所为：被告人王国清在盗得他人财物被发觉后，立即被民警和群众追捕，当追至颐和园东宫门邮电局前时，被告人王国清为抗拒抓捕用携带的凶器行凶，在此过程中，被告人王国清暴力行为的实施与前面盗窃行为在时空上具有连续性和关联性，时间上是前后连续而未间断的，地点是前盗窃行为的延展，因而是转化型抢劫罪的“当场”。被告人王国清使用暴力抗拒抓捕，其意图在于把已经非法盗得的财物即赃物护住，不让被害人或其他制止、追捕者夺回去，即意图窝藏赃物，抗拒抓捕，并且其实施的暴力行为性质恶劣，情节严重，造成一死两伤的严重后果，被告人王国清称其不知袁时光是警察的辩解经法院查证也属谎言，其公然对抗负有维护社会治安、打击犯罪分子的人民警察的行为情节恶劣，社会影响极坏，因而综合全案情节来看，其行为符合转化型抢劫罪的主观条件和客观条件，应以抢劫罪对王国清定罪处罚。

六、共犯人对实行过限行为刑事责任的承担问题

共同犯罪行为人未共同实施的犯罪行为，又称实行过限，是指实行犯实施了超出共同犯罪故意的行为。在实行过限的情况下，实行过限行为的人当然应对其犯罪行为承担刑事责任。那么，对没有实行过限行为的其他共同犯罪人应如何处理呢？下面就对这个问题进行论述。

（一）实行过限的理论与实践

实行过限，又称共同犯罪中的过剩行为，是指实行犯实施了超出共同犯罪故意的行为。关于实行过限，我国《唐律》早就有规定，《唐律》对实行过限虽未设一般性规定，但对于个别罪名则特别明示了处罚原则，例如：《唐律·贼盗》

规定："其共盗，临时有杀伤者，以强盗论。同行人不知杀伤情者，止依盗窃法。"[①] 据此，参与共同盗窃而非谋议盗窃者，对他人之临时起意杀伤人。如知情者应负同一责任。如不知情者，仅负盗窃之罪责。国外，不少国家的刑法典中也有处理实行过限的一般原则。如：《俄罗斯刑法典》第36条规定"实行犯实施不属于其他共同犯罪人故意之内的犯罪，是实行犯的过度行为，对实行犯的过度行为，其他共同犯罪人不负刑事责任。"[②]《泰国刑法典》第87条规定："……但依犯罪之性质，犯罪人仅于其就犯罪结果之发生明知或有预见始负加重刑罚之责任者，其唆使人、宣传人、颁布人或从犯依加重刑罚之犯罪负责，亦以其就犯罪结果之发生明知或有预见为限。"[③] 此外，德国刑法理论通说认为，在共同正犯之间意思联络不一致的场合，共同正犯只对故意范围内的行为负责。对过剩部分，除了实行过剩行为的人之外，其他共犯不负责任。我国台湾地区学者认为共同正犯对于犯意之联络，应以原计划为范围，对于超越之部分，不负刑责。[④]

和大多数国家的规定相反，《意大利刑法典》第116条第1款规定："当实施的犯罪不同于某个共同行为人所希望的犯罪时，如果结果是他的作为或不作为的结果，他也得对该犯罪负责。"但在意大利学术界对此多持批评的态度："刑法典第116条用明确的表述形式规定当实际实施的犯罪不同于某个共同犯罪人希望的犯罪时，该行为应对实际实施的犯罪承担客观责任，即仅仅根据行为和结果的因果关系来认定刑事责任；按此逻辑，一个在外为盗窃犯放风的人就可能为盗窃犯们在房内强奸女主人的行为承担责任。这种极端严厉的规定实际上是滑向了要求主体为他人的行为承担刑事责任的边缘。因为这无疑是将他人起意实施、主观上与主体无关的行为反根据纯粹客观的联系就当作主体所希望的行为来处理。"[⑤] 在意大利，司法实践处理该问题时，一般采取了一种较为缓和的方法，他们认为，如果要共同行为人对某一他所不希望的犯罪承担责任，该犯罪的结果就必须是行为人能预见的结果。

实行过限有以下构成要件：①客观方面，过限行为必须是独立于共同行为之外的行为。即过限行为与共同犯罪行为必须是两个分别受到刑法评价、在法律上具有独立意义的行为，内含于共同犯罪行为之中或者仅仅表现为共同犯罪行为的具体行为方式的，不得视为过限行为。②主观方面，过限行为必须是共同犯罪故

---

① 参见［唐］长孙无忌：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第367页。

② 参见黄道秀译：《俄罗斯联邦刑法典释义》，中国政法大学出版社1998年版，第88页。

③ 《各国刑法汇编》，台湾"司法通讯社"1980年版，第594页。

④ 参见张灏主编《中国刑法理论及实用》，台北三民书局1980年版，第217页。

⑤ ［意］杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第332页。

意之外的行为。即使某一实行犯临时起意实施了超出谋议范围的行为，其他共同犯罪人可以预先或者知悉、了解而未加阻止的，因其主观上系一种认可的态度，故也需承担责任。③共同犯罪行为所造成的过失后果，不存在实行过限。因为该过失后果是从属于共同犯罪行为的，在我国的刑法理论和实践中，均只有量刑上的意义，无定罪上的意义。

根据我国刑法主客观相一致的原则和共同犯罪的相关理论，正确认定共犯过限及相应刑事责任的承担应遵循以下基本原则。首先是责任主义原则。有责任才有犯罪，才可能受惩罚，这里的责任是指归责上的可能性，包括主观上的故意、过失等方面，共同犯罪同一般刑事犯罪一样，各共犯对一种行为负刑事责任，同样要以其主观上的认识因素和意志因素为前提，如果一种结果不是行为人造成的，而且这种结果的出现违背行为人意志，行为人对这种结果就无需承担刑事责任。当然共同犯罪中的主观意志有一定的特殊性，那就是对各共同犯罪人的责任作扩大解释，即各共犯对其他共犯的行为负有谨慎注意义务，如果没尽此义务就是有过失，就可能要承担刑事责任。其次是刑法上因果关系原则。共同犯罪是一个不可分割的整体，作为共同犯罪的共同犯罪人，其行为本身构成了整体行为的一部分。因此，我们首先是把共同犯罪行为作为一个总原因而与犯罪结果之间形成因果关系[①]，那些不在共同犯罪行为之内的行为造成的结果，应该由行为实施者独自负担，即使是其他人可能利用了这样的行为来达到自己的目的，对其来说这只是条件，而不是原因。

综上所述，笔者认为，由于共犯过限是由实行犯在实施共同犯罪过程中实施的超出共同谋议范围的行为，其他共犯对这种行为在主观上没有罪过，二者仅有行为上的客观联系而没有主观上的共同故意。根据我国刑法理论，行为人只有在对某一危害结果主观上具有罪过的情况下才能负刑事责任。[②] 因此，过限行为的刑事责任只能由该实施者承担，而其他共犯只承担谋议之罪的刑事责任。每个共犯的刑事责任应以其对所实施的犯罪具备故意为前提的，过限行为不包括在共同故意之内，所以某共犯的过限行为与其他共犯的行为之间不存在因果关系，就没有使其他共犯对过限行为的危害结果负刑事责任的主观基础和客观基础。如果让其他共同犯罪人承担过限行为的刑事责任，就属于客观归罪的情况，有悖近代刑法的责任主义原则。

由于共同犯罪是一种较为复杂的犯罪形式，在实际生活中也存在着不少特殊

---

① 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社 1992 年版，第 285 页。

② 参见陈兴良、李汝川：《刑法总论》，当代世界出版社 1999 年版，第 135—136 页。

情况，必须结合不同犯罪的具体情况具体加以认定。本案中，被告人王国清、李中保、李德玉共同实施盗窃犯罪，三人之间进行了分工：由李德玉负责望风，王国清和李中保实施盗窃，按刑法理论，王国清和李中保属于实行犯，李德玉属于帮助犯，其中李姓两被告人未对抓捕人使用暴力。由此，本案涉及共同实行犯的实行过限和帮助犯的实行过限两方面的问题，现就这两方面的问题加以论述。

（二）共同实行犯的实行过限

实行犯在大陆法系国家称之为正犯。如 1810 年《法国刑法典》就使用了正犯的概念。前苏东社会主义国家一般称之为实行犯，现行 1996 年《俄罗斯联邦法典》也继续沿用实行犯的概念，该法第 33 条第 2 款规定“直接实施犯罪或者直接与其他人共同实施犯罪的人以及利用年龄无刑事责任能力或本法典规定的其他情况而不负刑事责任的人实施犯罪的，都是实行犯”。我国刑法没有明文规定实行犯或正犯，但在条文中还是暗含了并且在理论上经常使用这一概念，“实行犯，就是自己直接实行犯构成要件的行为或利用他人作工具实行犯罪的人。”[①]

实行犯是刑法分则规定的犯罪行为的直接实施者，在共同犯罪中具有相当重要的意义，共同犯罪人的意图的最终实现都要依赖实行犯的实行行为，共同实行犯在共同实施符合刑法分则规定的构成要件行为时，当其中的某实行犯所实施的行为超过事先计划，若其他实行犯对此自始至终不知，则应由直接实施过限的实行犯对过限行为负责。例如甲、乙二人商议入室盗窃，二人入室后分别在不同的房间内搜索，乙在盗窃中用刀子将户主屋内的真皮沙发及几幅珍贵油画划破。对此甲全然不知，故对乙故意毁损财物的行为不负刑事责任，这是典型的实行过限，理论上对此并无分歧，认定时应不会有困难。

在处理共同实行犯的实行过限问题时，存在意见分歧的是：当共同实行犯中有人实行过限，而其他共同实行犯知情但未采取任何阻止行动，对此应如何处理？有论者认为，如果其他实行犯当时在场其在客观上表现为作为积极参与或予以协助，或不作为即不予制止，袖手旁观，从而对实行犯产生精神支持或鼓励，对被害人形成心理压力或恐惧，说明其在主观上处于积极追求或放任的态度，这种行为属于临时起意的共同犯罪，不属于共同过限。凡参与实施的实行犯都应承担刑事责任。[②] 笔者认为，若其客观上表观为积极参与或予以协助时属于临时起意的共同犯罪行为，这一点是合理的。但如果共同实行犯中的某一个实行犯临时起意实施了超出共谋范围的犯罪行为，其他实行犯虽然知情。但并未参与，但因

① 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 544 页。

② 参见赵丰琳、史宝伦：《共犯过限的司法认定》，载《人民检察》2000 年第 11 期。

其在现场而对该实行犯产生精神支持或鼓励，对被害人形成心理压力或恐惧，在这种情况下其他实行犯是否对该超出共谋范围的犯罪行为负刑事责任呢？我们认为这个问题值得探讨。例如：甲乙二人共谋强奸妇女丙，在强奸行为完成后，甲临时起意，在未同乙商量的情况下当着乙的面将丙杀死，对甲应成立强奸罪与杀人罪数罪并罚，但对乙如何处理，乙是否应当对甲的杀人行为承担责任呢？对此，我国有学者认为，在上述案件中“甲的杀人虽然是临时起意，但乙对此并非全然不知，而是明知甲会将丙刺死，但却采取了一种容忍的态度，因此，尽管乙没有亲手实施杀人行为也应对杀人行为承担刑事责任”，并进而认为：“在认定共同实行犯的实行过限的时候，必须注意考察实行犯对某一临时起意的犯罪行为是否知情……不知情的实行犯对此不负刑事责任，如果是知情的表明主观上对该犯罪行为是容忍的，尽管没有亲手实行，也应承担刑事责任，该犯罪行为就不是实行过限。”① 我们认为，在此情况下，仅有强奸的故意和实行了强奸行为，而无杀人故意和杀人行为，却成立故意杀人罪，违反了“无犯意就无犯罪人”的格言。

类似的情况还有，甲、乙共谋盗窃，在共同实行中，乙发现正在睡觉的丙遂将丙强奸，甲看到了并未制止，我们同样不能推定甲先前的盗窃行为必然产生保护丙的性的不可侵犯的权利的义务，进行认定甲犯有强奸罪。相反，如果甲真的制止了乙的强奸行为并同乙进行了搏斗，甲的行为恐怕很少人会认为甲是在阻止自己构成强奸罪，更多的恐怕认为是一种立功行为，所以我们认为在处理共同实行犯时采用“容忍说”并不妥当。②

另外，有些论者认为：“如果其他实行犯当时不在场，但事后对这种行为予以认可，说明这种行为并不违背他们的主观意志，不属于共犯过限，应与该实行犯一起承担刑事责任。”③ 笔者也不赞成这种观点。举例来说，甲、乙在不同房间共同盗窃，甲当时并不知乙在盗窃过程中将财物主人丙杀死。甲和丙本来就有仇，所以在事后对乙大加称赞，那么甲对乙的杀人行为就要因此负责吗？由于不在共同谋议的范围内，甲对此主观上和乙并无共同杀人的犯罪故意，客观上又无实施故意杀人行为，当时对乙的故意杀人情况一无所知，仅仅凭借甲一句评价就认为甲和乙构成故意杀人罪的共犯，这样处理显然是过于严苛，似乎是在对“思想”定罪。其实发生实行过限后，其他人往往都会对之进行评价，如果认为肯定的评价乃至不作评价都以不违背其主观意志而不属于实行过限，进而应当承担刑

---

① 参见陈兴良主编：《共同犯罪论》，法律出版社 1992 年版，第 384—385 页。

② 参见马松建、王立志：《实行过限问题研究》，载《郑州大学学报》2003 年第 2 期。

③ 参见赵丰琳、史宝伦：《共同过限的司法认定》，载《人民检察》2000 年第 11 期。

事责任的话，那么就会大大扩张刑法打击的范围，势必罚及无辜。[①]

（三）帮助犯的实行过限

帮助犯在大陆法系国家一般称之为从犯。如现行《日本刑法典》第 62 条规定“帮助正犯的是从犯”。前苏东社会主义国家一般用帮助犯这一称谓，1922 年《苏俄刑法典》第 6 条第 2 款规定的建议，“指点排除障碍，藏匿犯罪人或湮灭罪迹等的方法，帮助实施犯罪的是帮助犯。”我国刑法没有明文规定帮助犯，但在从犯的规定中暗含着帮助犯，即我国《刑法》第 27 条的规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的是从犯。”这里起“辅助作用”的实质就是帮助犯。由于帮助犯是在其他共犯的犯意已经产生之后而为其他共犯实现犯意提供精神上或物质上的帮助，表明帮助犯的行为是有明确指向的：其一般是在知道实行犯要实施某种危害行为的情况下才对实行犯予以帮助的，如果实行犯超出帮助犯的犯意实施了其他犯罪，则出现对帮助犯而言的实行过限问题，帮助犯对被帮助的人的过限行为不负刑事责任。

有学者认为，在共同犯罪中，如果实行犯实施了超出帮助犯所意图侵害的对象，属于共犯过限，其刑事责任只能由实行犯承担。[②] 笔者认为这种情况属于打击错误，是“对不属于犯罪构成要件的对象的认识错误”或称之为“对目的物的认识错误”，是一种对犯罪事实的认识错误而非实行过限。例如，甲、乙共谋伤害丙，甲在外望风，乙入室后，黑暗中将卧室中丙的妻子丁当做丙刺成重伤，依据我国刑法犯罪构成要件理论，在这种场合下无论是丙的身体健康，还是丁的身体健康，在法律上其性质都是相同的，行为人行为所侵害的这种身体健康的客体并不因人而异，因而这种对象的认识错误对定罪不发生影响，不影响行为人故意的成立，也不影响共犯的故意的成立。因而对象的错误对帮助犯的成立不发生影响，甲作为帮助犯应构成故意伤害（既遂）。

由于犯罪具体情况的错综复杂性，在帮助犯的实行过限问题的认定中应进行认真分析研究，以便作出正确的认定。例如，甲、乙共谋盗窃，甲在外望风，乙在入室盗窃中临时起意，将户主丙强奸，如果甲对此一无所知的话，显然是典型的实行行为过限，甲对乙的强奸行为不应负刑事责任；但如果丙在反抗时大声喊叫被甲听到，甲马上也进入丙家，发现乙正在强奸丙，这时乙也发现了甲。二人目光交换后，甲将丙家的彩电打开，声音调大，并将屋门关紧。这种情况我们认为甲、乙在目光交换后已达成新的意思联络，形成新的共同强奸犯罪故意，甲是

---

① 参见马松建、王立志：《实行过限问题研究》，载《郑州大学学报》2003 年第 2 期。

② 参见赵丰琳、史宝伦：《共同过限的司法认定》，载《人民检察》2000 年第 11 期。

帮助犯，乙是正犯。假如丙大声呼叫，甲进入丙家发现乙正在强奸丙后，将卧室客厅的门关紧，并将自己所骑的摩托车发动制造响声掩盖丙的喊叫，而乙对此并不知情，这种情况对甲的行为如何处理？我们认为应当参照片面共犯理论，以片面帮助犯处理为宜。这种情况下，甲对乙暗中进行帮助，乙虽然不知情，但甲却有帮助乙共同犯罪的故意，又有帮助乙的行为，根据主客观相一致原则，按片面帮助犯论是较合适的，否则对甲不能处罚将会放纵犯罪。①

（四）本案所涉实行过限问题的认定

本案中，被告人王国清、李中保、李德玉共谋盗窃，三人在北京市海淀区颐和园东宫门售票处进行了分工：由李德玉负责望风，王国清和李中保混入购票的人群中实施盗窃。依照我国刑法理论，被告人王国清和李中保是刑法分则规定的盗窃犯罪行为的直接实施者，二被告人在共同盗窃犯罪行为中具有相当重要的意义，三被告人的意图的最终实现都要依赖王、李二被告人的实行行为，因此，被告人王国清和李中保属于刑法理论意义上的实行犯，李德玉在共同盗窃犯罪中起辅助作用，属于帮助犯。

根据法院查明的案件事实：被告人王国清、李中保窃得游客曹某价值 1 595 元的移动电话机一部，欲逃离现场时，被发现。在被民警袁时光和在场群众张林、何琦追捕的过程中，被告人王国清用随身携带的凶器实施暴力抗拒抓捕，致一人死亡，二人受伤。在整个过程中，被告人李中保和王国清经事先通谋，具有实施盗窃的共同故意，并且二被告人直接实施了盗窃他人财物的行为，因而构成盗窃罪共同犯罪，这在罪行认定上并无疑义。

被告人李中保在盗窃被发现逃跑的过程中，并没有使用暴力抗拒抓捕，也没有证据证明在被告人王国清对抓捕人使用暴力之前，三被告人已有被发现后即使用暴力的共同故意，我国刑法对于共同犯罪中的实行过限没有明文规定，但根据我国刑法理论，行为人只有在对某一危害结果主观上具有罪过的情况下才负刑事责任。而过限行为，超出了共同犯罪故意的范围，所以应当由实行的人对过限行为单独承担刑事责任，其他共同犯罪人对过限行为不负刑事责任，因此，被告人李中保不应对王国清的暴力行为承担刑事责任。同样，被告人李德玉没有使用暴力抗拒抓捕，只是利用了王国清的暴力行为逃离现场，王国清的暴力行为超出了李德玉与之共同盗窃的犯罪故意，因此对王国清的暴力行为亦不承担刑事责任，而由实施暴力行为的被告人王国清单独对其暴力致人伤亡的结果承担责任。

---

① 参见马松建、王立志：《实行过限问题研究》，载《郑州大学学报》2003 年第 2 期。

七、转化型抢劫罪的结果加重刑罚适用问题

我国刑法中的抢劫罪有基本构成和加重构成之分，相应地，对这种构成的抢劫犯罪，法律也规定了轻重不同的刑罚。《刑法》第263条前半段规定的是基本构成的抢劫罪及其刑罚，即“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的”抢劫罪，对其应“处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”；该条后半段规定的是加重构成的抢劫罪及其刑罚，即构成抢劫罪并“有下列情形之一……（一）入户抢劫的；（二）在公共交通工具上抢劫的；（三）抢劫银行或者其他金融机构的；（四）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；（五）：抢劫致人重伤、死亡的；（六）冒充军警人员抢劫的；（七）持枪抢劫的；（八）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的”，应“处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产”。《刑法》第263条根据抢劫罪基本构成和加重构成危害程度的不同而对之设立轻重不同的刑罚，是有其科学根据的：这种规定体现了罪刑相适应原则的精神以及我国刑罚目的的要求。马克思主义的刑罚科学认为，“如果犯罪的概念要有惩罚，那么实际的罪行就要有一定的惩罚尺度”①，犯罪分子“受惩罚的界限应该是他的行为的界限”②，刑法的任务“就是使惩罚成为真正的犯罪后果”③，“重罪轻判是错误的，轻罪重判也是错误的”；④ 我国刑法以此为指导而确立的罪刑相适应原则，坚持根据犯罪行为社会危害性的大小来确定刑事责任：要求重罪重判，轻罪轻判，罪刑相称，罚当其罪。抢劫罪基本构成与加重构成轻重不同的刑罚规定正是贯彻与体现了罪刑相适应的原则。这一原则在立法上的确立，为司法中刑罚适用的正确个别化即为抢劫犯罪分子实际受到公平合理的处罚奠定了基础，从而有助于有效地贯彻我国刑罚改造罪犯和预防犯罪的目的。基本构成的抢劫罪，是指情节一般或者未致人重伤、死亡的罪情况，其刑罚幅度为3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。在对犯有符合基本构成的抢劫罪的行为人适用刑罚时，应注意的是，除对其判处自由刑，即3年以上10年以下有期徒刑外，还应当判处财产刑，这里的财产刑即指罚金。

加重构成的抢劫罪较为复杂，其中又可以分为结果加重和情节加重两种情形。抢劫罪的结果加重，是指因抢劫而致人重伤、死亡的犯罪情况，即《刑法》第263条后半段第（5）项的犯罪情况。这既包括因抢劫故意致人重伤、故意杀

---

① 参见《马克思恩格斯全集》第1卷，第140页。

② 参见《马克思恩格斯全集》第1卷，第141页。

③ 参见《马克思恩格斯全集》第1卷，第40页。

④ 参见毛泽东：《关于镇反工作的一个批语》（1951年4月2日）。

人，也包括抢劫中过失地造成他人的重伤、死亡；既包括抢劫中以暴力行为当场直接致人重伤、死亡，也包括抢劫中的暴力造成伤害后医治无效而形成的重伤或死亡。对抢劫罪的结果加重犯加重其刑罚，决不是客观归罪，而是符合主客观相统一的刑事责任原则的。因为这种案件不但在客观上重于基本构成中轻伤以下的危害，而且从主观上看，行为人在抢劫故意的支配下，故意或过失地造成了他人的重伤、死亡，其主观罪过也显然重于基本构成犯，可见是其主客观相统一的严重危害性决定了其刑罚的加重。

本案被告王国清为窝藏赃物，抗拒抓捕，使用暴力致对其实施抓捕的民警袁时光死亡，其情节是否符合结果加重犯的构成要件，以下予以分析论述：

结果加重犯，亦称加重结果犯，是指实施基本犯罪构成要件的行为，由于发生了刑法规定的基本犯罪构成要件以外的加重结果，刑法对其规定加重法定刑的犯罪形态。

（一）结果加重犯的构成特征

1. 行为人所实施的基本犯罪构成要件的行为必须客观地引发了基本犯罪构成要件以外的加重结果，也即符合基本犯罪构成要件的行为与加重结果之间具有因果联系。至于基本犯是否必须为结果犯，在理论上存在争论。有的学者认为，只有基本犯是结果犯，才能成立结果加重犯；有的学者认为，在基本犯不是结果犯的场合，也可以成立结果加重犯。我们同意后一种意见。例如，在非法剥夺人身自由致人重伤、死亡的场合，并不要求非法剥夺人身由行为先成立结果犯。

2. 基本犯罪构成要件以外的重结果或者加重结果，必须通过刑法明文规定的方式，成为依附于基本犯罪构成要件而存在的特定犯罪的有机组成部分，也即基本犯罪构成要件是成立结果加重犯的前提和基础，加重结果不能离开基本犯罪构成要件而独立存在。加重结果的这种法定性和非独立性的特征，是认定结果加重犯并将它与其他罪数形态相区别的重要标准。

3. 行为人对于所实施的基本犯罪构成要件的行为及其所引起的加重结果均有犯意。至于犯意的表现形式，在理论上颇多争议。

（1）关于基本犯罪行为的罪过形式，有的学者认为只能是故意，有的学者则认为也可以是过失。而从中外刑事立法上来看，两种立法例均存在。

（2）关于对加重结果所持的主观罪过形式，在理论上也有不同主张。有的学者认为，只能出于过失；有的学者则认为，既可以基于过失，也可以基于故意。我们认为，结果加重犯的罪过形式可以划分为三种类型：①基本犯为故意，对加重结果也是故意；②基本犯是故意，对加重结果是出于过失；③基本犯是过失，

对加重结果也是出于过失。[①]

（二）我国刑法对结果加重犯的处罚原则

我国刑法总则对结果加重犯没有一般规定，学术界对结果加重犯的构成、责任基础和处罚范围争议较多。特别是刑法分则对某些加重结果只是作了概括性规定，如“后果特别严重的”或“造成其他严重后果的”，更使得在如何认定某一加重结果的具体内容、罪过形式以及加重结果与基本犯罪行为的关系上意见不一，从而影响了对刑法有关结果加重犯处罚规定的理解。客观主义者认为，刑罚以犯罪行为对社会造成的客观危害为基础，只要加重结果的发生是由行为人的犯罪行为所引起，加重结果与犯罪行为存在法律上的因果关系，行为人就应对由其引起的加重结果承担刑事责任。主观主义者则认为，刑罚的基础是行为人主观上对社会的危险性，只要行为人对加重结果的发生具有罪过，即使其基本行为与加重结果的发生具有条件关系，行为人也应承担加重的刑事责任。这里不难看出，虽然客观主义与主观主义的归罪原则不同，得出的结论不同，但其结果却都是不适当地扩大了结果加重犯的处罚范围，有违责任原则。

笔者认为，对于结果加重犯的处罚，应同时从主观与客观两方面考虑：即客观上行为人的基本犯罪行为与加重结果之间存在因果关系，主观上行为人对加重结果应有过失。坚持前者，是为了防止主观定罪；坚持后者，是为了贯彻责任主义原则，排除结果责任。以《刑法》第 263 条为例，法律规定对抢劫而致人重伤、死亡处以较重的刑罚，应首先要求暴力行为与致人重伤或死亡的加重结果之间具有因果关系，这是行为人对加重结果承担刑事责任的前提。如果没有这种因果关系，而让其承担刑事责任，就违反了罪责自负的原则。什么样的关系属于基本行为与加重结果之间的因果关系？就是说，具备什么样的关系时才能要求行为人对加重结果承担刑事责任呢？主要有两种观点：①条件说，认为基本犯罪与加重结果之间只要有条件关系就够了，主张一切行为凡在理论上可以成为结果发生的条件的，都是结果发生的原因。②相当因果关系说，认为基本犯罪与加重结果之间有相当因果关系时，始可成立加重犯，主张在条件说认为有因果关系的条件中，依据人类经验所获得的知识，认为某一条件对于结果的发生为相当因果关系的，视为原因；否则，如果该条件对结果的发生，依日常生活经验认为属于偶然的、非典型的，该条件与结果发生之间即无因果关系。[②]

（1）判断基本行为与加重结果之间有无因果关系，应以马克思主义哲学的因

① 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 231 页。

② 参见马克昌：《结果加重犯比较研究》，载《武汉大学学报》，1993 年第 6 期。

果关系论为指导，根据当时的客观情况和基本行为与加重结果之间的本质联系来认定，而不能认为基本犯罪行为与加重结果之间只要具备“没有前者就没有后者”的关系，结果加重犯就绝对成立。否则，就会任意扩大了结果加重犯的处罚范围。这里的因果关系应是相当因果关系，只有那些具有内在地引起加重结果的危险性的结果加重犯，即其基本犯罪行为与加重结果之间具有“相当地引起”这样一种相当因果关系时，才能负刑事责任，而对于那些能引起结果发生但缺乏高度盖然性的犯罪，就不应认定为结果加重犯。条件说不适当地夸大了基本行为与加重结果之间的偶然的、非本质的联系，必然会扩大对结果加重犯的处罚范围。例如，女工某乙被某甲拐卖后，某乙母亲精神失常，夜里外出寻找女儿，不幸坠入河中，溺水身亡。在这种情况下，某甲的拐卖行为对某乙母亲的死亡没有本质的必然联系，因此不能认为是加重结果发生的原因，最多可以说是条件。故某甲的行为与某乙母亲之死不具备因果关系，不应对此承担刑事责任。①

其他由于第三人的行为介入、被害人自己行为的介入和被害人特异体质的原因引起加重结果发生的，亦不应将加重结果归责于行为人。如甲将乙造成轻伤，乙由于破伤风感染而死。在本案中，甲的伤害行为与乙的死亡之间不存在因果关系，因而不构成故意伤害致死罪。②

（2）行为人对其可能造成的伤亡结果有无过失或者说能否预见，是行为人是否负刑事责任的关键。例如，某甲与女工某乙同在外地打工，某乙为了取得某甲的同情和帮助，谎称自己父母双亡。后某甲将某乙拐卖给他人，某乙父母多方打探没有消息，导致某乙母亲精神失常而自杀身亡。上述案例中，行为人对某乙母亲活着的情况根本不能预见，当然谈不上对其死亡有什么故意或者过失。而我国刑法只规定了故意或者过失的情况下才负刑事责任，因此，在这种情况下要求行为人对该后果承担刑事责任，显然不妥。

这里应该指出的是，“能否预见”并非“有无预见”，强调的是行为人主观上的预见义务和预见能力，而不是行为人实际上是否预见到了结果的发生。当行为人应当预见且有能力预见，只是因为自己的疏忽而没有预见时，仍应负刑事责任。“对于由基本行为所产生的当然预想到的，作为其射程范围内的波及效果的加重结果，追究行为人的责任是理所当然的”。③

那么，确定行为人对加重结果有无过失的标准是什么？观点有三：①主观

---

① 参见李清亮、孙灵珍、宋川：《论我国对结果加重犯的处罚原则》，载《国家检察官学院学报》，2000 年第 3 期。

② 参见［日］平野龙一：《刑法总论》（第 1 卷），有斐阁 1976 年版，第 56 页。

③ 参见［日］藤木英雄：《刑法》，弘文堂 1978 年版，第 93 页。

说，主张以行为人主观上可能预见的范围为标准；②客观说，主张以行为人行为当时一般人的通常可能预见为标准；③统一说，即坚持主客观标准相统一的原则，综合考察外在客观情况和内在主观能力两个方面。笔者认为统一说更加科学。在考察外在的客观情况时，同时考虑到行为人的注意程度；在考察行为人主观能力时，同时考虑一般情况下一般人的注意能力。如果客观上存在着足够的相当预见条件，同时主观上具有能够预见的能力，就说明行为人具有应当预见义务，法律则要求他应当预见。如果主观上具有预见能力，但客观上不具备预见的相当足够的条件，或者客观上虽然具有相当足够的条件，主观上却不具有预见的能力，则说明行为人不具有预见的义务，法律上亦不应当要求预见。[①] 因此，只有在当时情况下一般人对加重结果的发生能够预见而行为人也有预见义务和预见能力时，才能使其对自身行为引起的加重结果承担刑事责任。

《刑法》中类似第 240 条规定了“其他严重的”，还有第 236 条强奸罪、第 358 条强迫他人卖淫罪等处罚范围与第 240 条相同。总之，笔者认为，我国刑法对结果加重犯的处罚，应以行为人行为与加重结果之间具有因果关系和主观上具有过失为基础。判断是否具有过失，应以能否预见结果发生为标准；因果关系是否存在，应以结果的发生是否具有高度盖然性为必要。否则，就会违背个人责任与意思责任的近代刑法原则，过分扩大结果加重犯的处罚范围，破坏我国刑法罪刑相适应的基本原则。[②]

（三）本案中王国清抢劫行为构成结果加重犯的认定

本案被告王国清盗窃他人财物后，在被人发觉追捕过程中，为抗拒抓捕，当场使用暴力，根据《刑法》第 269 条的规定应以抢劫罪定罪处罚，因此王国清为抗拒抓捕使用暴力之行为符合抢劫罪的基本构成要件。我国刑法对抢劫罪的暴力不要求达到危及人身健康，生命或使被害人不能抗拒的程度，只要达到使被害人恐惧，反抗能力受到一定程度即可。[③] 王国清只有一个犯罪故意，就是非法占有他人财物，当其盗得他人财物后实施暴力也是为了不使已得到的财物被物主或民警追索回去，从而达到占有盗得财物的非法目的，其杀人是为了抗拒抓捕，窝藏赃物，为占有财物创造条件，因此其杀人的暴力行为属于抢劫罪的有机组成部分，不能作为故意杀人的情节单独定

---

① 参见李靖远：《过失犯罪问题若干问题浅议》，载《刑法学专论》，1989 年第 98 页。

② 参见李清亮、孙灵珍、宋川：《论我国对结果加重犯的处罚原则》，载《国家检察官学院学报》，2000 年第 3 期。

③ 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 626 页。

罪，否则就违反一行为不可重复评价的原则，将杀人行为既作为定故意杀人罪的根据，又作为抢劫罪的根据，在理论上是错误的。《刑法》第 263 条前半段规定“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的”，“处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”这是关于基本构成的抢劫罪及其刑罚的规定，该条后半段规定“有下列情形之一……（五）抢劫致人重伤，死亡的；”“处十年以上有期徒刑，无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。”这是加重构成的抢劫罪及其刑罚的规定。基本构成的抢劫罪，是指情节一般或者未致人重伤、死亡的罪情况，其刑罚幅度为 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。加重构成的抢劫罪较为复杂，其中又可以分为结果加重和情节加重两种情形。抢劫罪的结果加重，是指因抢劫而致人重伤、死亡的犯罪情况，即《刑法》第 263 条后半段第（5）项的犯罪情况。这既包括因抢劫故意致人重伤、故意杀人，也包括抢劫中过失地造成他人的重伤、死亡；既包括抢劫中以暴力行为当场直接致人重伤、死亡，也包括抢劫中的暴力造成伤害后医治无效而形成的重伤或死亡。由此本案中被告王国清使用暴力造成民警袁时光死亡的结果应属于《刑法》第 263 条后半段规定的抢劫罪基本构成以外的加重结果。

我国新《刑法》第 5 条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”根据这一规定，首先，刑事立法对各种犯罪的处罚原则规定，对刑罚裁量、刑罚执行制度以及对各种犯罪法定刑的设置，不仅要考虑犯罪的社会客观危害性，而且要考虑行为人的主观恶性和人身危险性。其次，在刑事司法中，法官对犯罪分子裁量刑罚，不仅要看犯罪行为及其所造成的危害结果，而且也要看整个犯罪事实包括罪行和罪犯各方面因素综合体现的社会危害性程度，讲求刑罚个别化。① 根据这一原则，笔者认为，被告王国清为抗拒抓捕，窝藏赃物而当场使用暴力，已符合盗窃罪转化为抢劫罪的条件，在其盗窃罪转化为抢劫罪后，对其量刑，应遵循罪责刑相适应的原则，综合考虑被告的犯罪事实，性质和情节及其所体现出的社会危害性，同时也要考虑被告人的主观恶性，坚持主客观相统一的原则，在对被告王国清正确定罪的基础上，其盗窃的数额，使用暴力的程度和后果以及归案后认错悔罪的表现，都应作为量刑的依据，做到重罪重判，轻罪轻判，罪刑相称，罚当其罪，因此，被告王国清盗窃财物后为抗拒抓捕而当场使用暴力致抓捕被告的民警袁时光死亡的行为应以《刑法》第 263 条规定的抢劫致人死亡这一量刑幅度来认定，对被告王国清在“十年以上有期徒刑，无期徒刑或者死刑，并处罚金或

① 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 59 页。

者没收财产”这一量刑幅度内判处刑罚。本案一、二审法院根据被告王国清在盗窃他人财物后为抗拒抓捕当场使用暴力致人死亡的犯罪事实、后果，综合考虑全案情节，依法以抢劫罪判处其死刑，是符合刑法的有关规定的。

八、数罪自首的处罚

被告人王国清除犯有抢劫罪外，还以非法占有为目的，多次秘密窃取他人财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪；其持刀故意伤害他人身体，其行为还构成故意伤害罪，应依法对被告人王国清数罪并罚。由于王国清所犯故意伤害罪是在其被抓获后，司法机关还未掌握的情况下主动供述的根据《刑法》第 67 条第 2 款的规定，应以自首论，并可以从轻或者减轻处罚。一审法院据此以故意伤害罪判处被告人王国清无期徒刑，剥夺政治权利终身；以抢劫罪判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以盗窃罪判处有期徒刑 2 年，并处罚金人民币2 000元。最后决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，被告人王国清不服，提起上诉，辩称：王国清有自首情节，一审在数罪并罚后决定执行刑罚时没有体现从轻处罚，建议二审予以考虑。由此，引出一个问题：被告人王国清犯有数罪，当其归案后，仅对其中一罪具有自首情节，此时，是仅对其主动交待的该一罪以自首论，还是应当认定全案成立自首？换句话说，行为人自首其所犯数罪中的一罪的效力能否也及于其并非交待而其后被司法机关查处的余罪？下面就这一问题加以论述。

考虑到数罪有异种数罪和同种数罪之别，而异种数罪的自首和同种数罪的自首在认定中又各有不同的争议观点，以下分别对异种数罪和同种数罪的自首问题进行研析。

（一）异种数罪的自首认定

一人犯异种数罪，而行为人仅自首其中一罪或几罪，该一罪或几罪的自首的效力是否及于余罪？对此，尚有不同认识，以下对之进行分析。

对于上述问题，有以下两种不同认识：

第一种观点认为，一人犯有数罪（指异种数罪，下同），自首其中一罪或几罪时，如果所自首的罪行重于被查出的罪行，则自首重罪的效力及于被查出的轻罪；如果所自首的罪行轻于被查出的罪行或者二者相当，则仅自首的罪行按照自首来处理，其效力不及于被查出的罪行。理由是：既然犯罪分子对所犯的重罪敢于自首，确实具有接受审查、裁判的决心，那么他就不会回避轻罪。他敢于承担重罪的刑事责任，也就意味着敢于承担轻罪的刑事责任，只是由于种种原因，在

自首重罪时没有自首轻罪罢了。因此，其自首重罪的效力应及于被查出的轻罪。[①] 有学者将这种观点概括为“重及轻说”。

第二种观点则主张，犯罪人犯有数罪而自首的，应当具体分析，区别对待，对自首的罪行，按自首来处理，其效力不及于被查出的罪行。[②] 此种观点可名为“分而论之说”。持有这种观点的学者认为，“重及轻说”存在诸多缺陷，而“分而论之说”则是科学合理的，主要理由是：

（1）“重及轻说”违背了我国刑法的有关规定。1979 年《刑法》第 63 条规定：“犯罪以后自首的，可以从轻处罚。”该规定中的所谓“犯罪”既包括一人犯一罪，也包括一人犯数罪。无论是一罪还是数罪，都只有自首以后才可以从轻处罚。而按照“重及轻说”的主张，如果一人犯甲、乙两罪而自首甲罪，在一定情况下，都可以视为自首，并可予以从宽处罚，这显然违背了我国刑法的上述规定。而按照“分而论之说”，实事求是，以实际情况为转移，分别不同情况作出不同处理，自首甲罪则从宽处理甲罪，自首乙罪则从宽处理乙罪，甲、乙两罪一并自首，则两罪都从宽处理，与法律规定完全一致。

（2）按照“重及轻说”行事，在一人犯有数罪，自首其中一罪或几罪时，要想解决自首之罪的效力是否及于被查出的罪的问题，就必须首先确定犯罪人所犯的数罪孰轻孰重，非如此，就不能解决问题。然而，怎样确定数种犯罪中谁轻谁重呢？是按照犯罪的性质，还是按照刑罚的轻重？刑法未予规定，没有客观的衡量标准难以确定。既然在一人所犯数罪中难以确定谁轻谁重，那么，“重及轻说”的理论也就难以行得通了。

（3）姑且推定一人所犯数罪中谁轻谁重易于区分，“重及轻说”在一人犯三个以上罪的情况下，也显得苍白无力。设若一人犯有三罪，其中甲罪较乙、丙两罪为重。乙、丙两罪相等，而乙、丙两罪合在一起又显然比甲罪为重。如果犯罪人自首了甲罪，效力可否及于乙、丙两罪？即乙、丙两罪可否亦视为自首？反之，如果犯罪人自首了乙、丙两罪，效力可否及于甲罪？对于这些问题，“重及轻说”都难以圆满回答。而采“分而论之说”，这些问题则可以轻易举获得解决。

（4）“重及轻说”不仅不利于分化、瓦解犯罪分子，还可能使犯罪分子钻我们的空子。因为，犯罪分子如犯有轻重两罪，便可以只自首重罪，至于轻罪，则可尽量藏匿，即使藏匿无效被查获了，反正也以自首论，予以从宽处罚。而采用“分而论之说”，就可以打消犯罪人逃避惩罚的侥幸心理，使他们认识到，隐匿罪

① 参见李光灿主编：《中华人民共和国刑法论》（上册），吉林人民出版社 1984 年版，第 590 页。

② 参见周振想：《自首制度的理论与实践》，人民法院出版社 1988 年版，第 116 页。

行最终必将受到严厉惩罚，只有彻底自首所有罪行，才能得到从宽处理，从而促进犯罪分子犯罪后及时主动归案，彻底交待全部罪行。①

笔者认为，上述学者对异种数罪自首问题上的“重及轻说”不妥之处的批判，对“分而论之说”合理性的论证，足充分有力、令人信服的，理应予以赞同。

也正是因此，后来“分而论之说”才得到了有关自首问题的新的司法解释全盘肯定。最高人民法院 1998 年 4 月 6 日《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》已修正了最高人民法院、最高人民检察院、公安部 1984 年 4 月 6 日《关于当前处理自首和有关问题具体应用法律问题的解答》中有关“对犯有数罪，自首时仅交代一罪的，只对这一罪从轻处罚。如果自首时交待的是主罪，也可以对全案从宽处理”的规定，而代之以如下新的规定：“犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首”，这一新的解释采纳的显然是“分而论之说”。

（二）同种数罪的自首认定

一人犯同种数罪，而行为人仅自首其中一罪或几罪，该一罪或几罪的自首的效力是否及于余罪？

对上述问题，在刑法理论上，也有不同认识：

一种观点认为，同种数罪的自首可以分为两种情况处理。犯罪人犯有不应并罚的同种数罪，虽然是数罪，但仍应作为一罪来定罪量刑，因此，行为人只交待了其中一罪，就不能说提供了追诉犯罪的主要依据，从而不能构成自首。而犯罪人在犯有应该并罚的同种数罪的情况下，只交待了其中一罪，则可以构成自首。②

另一种观点则认为，对于一人犯有同种数罪，只自首其中一罪或几罪的，仍应当只对该自首的一罪或几罪认定自首，而对后来被查出的、行为人未交待的其他剩余罪行，不能认定自首，无论这些同种数罪是属于并罚数罪还是属于非并罚数罪。对于实行并罚的，对自首的认定为自首，分别定罪量刑就是了；对于不实行并罚的，在量刑时，要对犯罪人自首罪行的数量予以把握，从而适当从宽。③

上述两种观点虽均具有一定的合理因素，但也都存在这样那样的不足。

1. 第一种观点以不应并罚的同种数罪应作为一罪来定罪量刑为由，认为行为人如果只交代了其中一罪，“就不能说提供了追诉犯罪的主要依据，从而不能

---

① 参见周振想：《自首制度的理论与实践》，人民法院出版社 1988 年版，第 116—118 页。

② 参见王学沛：《论自首》，载《硕士学位论文集》（上卷），西南政法学院 1986 年编印，第 328 页。

③ 参见周振想：《自首制度的理论与实践》，人民法院出版社 1988 年版，第 119 页。

构成自首”，这一论证忽视了这样一个基本事实，即：同种数罪实际本是数个独立罪行，尽管因出于某种考虑我们通常将之作为一罪定罪量刑（下文即将指出，这一做法本身尚有一定问题）[①]，但是，在诉讼过程中，我们仍可以而且应当分别对该同种数罪作出分项描述和认定。因此，在行为人主动归案并如实交待其所犯数罪中的一罪或几罪的情况下，即使行为人尚隐匿有其他罪行未作交待，对该一罪或几罪而言，也应当认为行为人已为国家追诉提供了主要依据；或者可以说，正是因为行为人出于其本人意志将该一罪或数罪向司法机关作了如实供述，才为国家追诉这些罪行创造了条件，这就完全符合自首的本质特征，应当认定该一罪或几罪成立自首。

2. 如果我们全面地掌握、正确地理解“判决确定前同种数罪原则上不并罚”的刑法理论和司法惯例，那么就应当得出这样的结论，即：在一人犯有同种数罪，而犯罪人在主动归案后，仅如实供述其中一罪或者数罪的情况下，应当一律对犯罪人实行并罚，而并不存在不并罚的情形。判决确定前的同种数罪原则上不实行数罪并罚之传统刑法理论和司法惯例的完整表述实际是：“判决确定前的同种数罪原则上不实行数罪并罚，但是，在特殊情况下，出于罪责刑相适应的考虑，可以有限制地实行数罪并罚。”而上述情形即属于这里的“特殊情况”。因为，在上述情形下，如果不对犯罪人所犯数罪分别定罪，不依法认定其所主动交待之罪成立自首，那么，一方面，与自首制度的法律规定本身不符——犯罪人主动归案后，如实供述其部分罪行，对该部分罪行的供述而言，完全符合自首的本质特征和成立条件；另一方面，因为没有对本已构成自首的部分犯罪事实从宽处罚，又难以保证罪责刑相适应之刑法基本原则的贯彻落实。“出于罪责刑相适应的考虑”，同时考虑到自首制度的正确实施，在此种情形下，就应当一律对犯罪人实行数罪并罚。

上述第二种观点的基本立场（即对一人犯同种数罪而只自首一罪或几罪的，主张对自首的以自首论，未交待的，则不认定为自首）虽是正确的，但是，在一些具体问题的论证上，则还存在一定缺陷，表现在：持有该种观点的学者认为，对于不实行并罚的同种数罪，如行为人只自首其中一罪或数罪的，在量刑时，“要对犯罪人自首罪行的数量予以把握，从而予以适当从宽”，而这种主张实际上并不可行。因为：

（1）刑法有关自首处罚原则的规定看，显然只能在一罪（广义的一罪，既包括单纯一罪，也包括不实行并罚之数罪中的一罪）整体均成立自首的情况下才能

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第2卷），中国人民大学出版社1993年版，第417—419页。

适用，而对一罪（如此处之不并罚的同种数罪）中部分成立自首、部分未自首的显然根本无适用的余地。这样，上述论者关于“要对犯罪人自首罪行的数量予以把握，从而予以适当从宽”的主张实际上就缺乏相应法律根据。

（2）即便认为该论者的上述主张在法律依据上没有问题，其也缺乏司法的可操作性。如何对犯罪人自首的“数量”予以把握？又如何“适当”从宽？对这些问题，论者均未作答，事实上也根本不可能作出圆满回答。

综上，笔者认为，在一人犯有同种数罪，而行为人仅自首其中一罪或几罪的情况下，应当仅对该自首的一罪或几罪以自首论；对其未自首的其他罪行，应当依法不认定为自首。同时，为保证能对行为人准确裁量、适用刑罚，在此种情况下，对行为人所犯的同种数罪应当实行并罚。

最后，应当指出的是，笔者的上述观点与《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 1 条的如下规定并不违背，即犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。因为，该解释既未明确将“数罪”限定为异种数罪，那么，就可以而且应当将其理解为既包括异种数罪，也包括同种数罪。

（三）本案中被告人王国清自首行为的认定

被告人王国清除犯有抢劫罪外，还以非法占有为目的，多次秘密窃取他人财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪；王国清在与他人发生争执时，用随身携带的尖刀故意伤害对方致其死亡，其行为构成故意伤害罪，应依法对被告人王国清数罪并罚。被告人王国清在其被抓获后主动供述了尚未被司法机关发觉的故意伤害罪，根据《刑法》第 67 条第 2 款的规定，应以自首论，可以从轻或者减轻处罚。

被告人王国清所犯抢劫罪，盗窃罪和故意伤害罪属于刑法理论上的异种数罪，在其实施抢劫被抓获归案后，王国清对其实施的故意伤害罪予以主动交待，表明其犯罪后对其已犯罪行的悔罪态度，体现了其人身危险性的减轻，且已具备了接受改造，悔过自新的主观基础，对其自首之罪予以从宽处罚，实际上是为实现教育和改造罪犯做了一项基础准备工作，在这一基础上，刑罚的一般预防与特殊预防目的将转化为积极的刑罚效果。王国清的自首行为使办案成本的支出大大降低，不仅节省了国家的司法资源，减轻了司法机关的证明负担，而且有效的提高了诉讼效益与效率。为此，需要对自首者予以从宽处罚，并因此对其他违法犯罪者作出感召，以利于分化、瓦解和改造犯罪分子，更好地实现刑罚的预防目的。

被告人王国清仅对其实施的数罪中的故意伤害罪进行自首，未对其实施的抢

劫罪和盗窃罪自首，根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条第1款第（2）项第1目“犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首”的规定，只能对其所犯故意伤害罪从轻处罚。

本案中被告人将与其有纠纷的朱某故意伤害致死，法院判处被告人王国清无期徒刑，已经体现了自首从轻的原则。因为被告人王国清抢劫致人死亡，应适用《刑法》第263条第2档法定刑判处刑罚，法院判处其死刑是适当的。被告人王国清所犯数罪被并罚后，其所犯故意伤害罪被判处无期徒刑已被所犯抢劫罪被判处死刑所吸收，所以在决定执行刑罚时，按照数罪并罚的原则，应决定执行死刑。也就是说，在对被告人王国清判处刑罚时，已经考虑到王国清故意伤害罪自首减轻处罚的情节，但是由于被告人王国清仅对其所实施的数罪中的一罪成立自首，其效力不能及于其所实施的其他两罪，对其所实施的抢劫罪和盗窃罪不能从宽处理，在数罪并罚后，由于其所实施的抢劫罪后果严重被判处死刑，被告人王国清被从宽处理的故意伤害罪的无期徒刑刑罚又被抢劫罪被判处的死刑刑罚所吸收，最后被决定执行死刑，表面上看，好像其结果还是被处以极刑，但实质上并不违背自首从宽处理的原则，何况自首情节仅是可以从宽处罚的法定情节，而并不是只要成立自首就一律予以从轻或者减轻处罚。所以被告人王国清的辩护人提出的“一审在数罪并罚后决定执行刑罚时没有体现从轻处理”的辩护意见，不能成立。

九、结语

综合本文的论述，笔者认为，转化型抢劫罪的构成要件有以下三个：

（1）行为人必须是先“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，这是向抢劫罪转化的前提条件，这里需要明确的是，我国刑法规定的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，并不限于盗窃、诈骗、抢夺犯罪行为，而应理解为有犯盗窃、诈骗、抢夺罪的故意并且实施了盗窃、诈骗、抢夺行为。因此把“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”理解为必须达到“数额较大”的程度，而否定上述行为未遂也可以构成上述犯罪，是不妥当的。但是，如果说根本无须考虑行为人已经占有，意图占有和可能占有的数额大小以及其他情节，行为人有无犯罪的故意，只要有盗窃、诈骗、抢夺行为，就认定为具有转化的条件，也值得商榷。因为，刑法规定的毕竟是“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，而不是“实施盗窃、诈骗、抢夺行为”，所以对于“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，既不能理解为是指实际占有的财物必须达到数额较大的标准，也不能根本不考虑行为人主观上意图和可能非法占有的财物数额较大，而认为只要其有上

述三种行为之一，就具备了向抢劫转化的前提条件。

(2) 当场使用暴力或者以暴力相威胁。这是向抢劫罪转化的客观条件。这里包含两层意思或两个因素。①行为人在实施盗窃、诈骗、抢夺行为之外，对他人又实施了暴力或暴力威胁。②暴力、暴力威胁是当场实施的。这里的“当场”是指实施盗窃、诈骗、抢夺行为的现场，以及行为人刚一离开现场就被人及时发觉而立即被追捕中的场所。

(3) 行为人当场实施暴力或者以暴力相威胁的目的，是为了“窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证”，这是适用《刑法》第 269 条的主观条件。结合本案，被告人王国清在盗窃后为抗拒抓捕使用暴力致抓捕人袁时光死亡的行为，构成抢劫罪；在盗窃罪转化为抢劫罪之后，盗窃的数额以及使用暴力的程度和后果，均应成为抢劫罪的量刑情节，即对被告人王国清盗窃后为抗拒抓捕而当场使用暴力只抓捕人死亡的行为，应当认定为抢劫致人死亡，适用《刑法》第 263 条第 2 档法定刑，对被告人在“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产”的档次和幅度内量刑。

实行过限，又称共同犯罪中的过剩行为，是指实行犯实施了超出共同犯罪故意的行为。在实行过限的情况下，实行过限行为的人当然应对其犯罪行为承担刑事责任。我国刑法对于共同犯罪中的实行过限没有明文规定，但根据我国刑法理论，行为人只有在对某一危害结果主观上具有罪过的情况下才负刑事责任。而过限行为，超出了共同犯罪故意的范围，所以应当由实行的人对过限行为单独承担刑事责任，其他共同犯罪人对过限行为不负刑事责任，因此，被告人李中保不应对王国清的暴力行为承担刑事责任。同样，被告人李德玉没有使用暴力抗拒抓捕，只是利用了王国清的暴力行为逃离现场，王国清的暴力行为超出了李德玉与之共同盗窃的犯罪故意，因此对王国清的暴力行为亦不承担刑事责任，而由实施暴力行为的被告人王国清单独对其暴力致人伤亡的结果承担责任。

犯罪人犯有数罪而自首的，应当具体分析，区别对待，对自首的罪行，按自首来处理，其效力不及于被查出的罪行，因此，对被告人王国清所犯的具有自首情节的故意伤害罪予以从宽处罚，而对其不具有自首情节的抢劫罪和盗窃罪不从宽处罚。

（撰稿人　袁宏山*）

* 华北水利水电学院，法律硕士。

附录一：

北京市第一中级人民法院
刑事判决书

（2000）一中刑初字第1745号

公诉机关：北京市人民检察院第一分院

被告人王国清，男，1978年1月15日出生，汉族，出生地辽宁省抚顺市，高中文化，无业，住辽宁省抚顺市东洲区阿金沟3委4组依兰街16—1号2单元301号；1995年6月因盗窃被处以劳动教养一年，1998年4月因寻衅滋事被处以劳动教养二年；因涉嫌犯抢劫罪、故意伤害罪、盗窃罪于2000年7月23日被羁押，8月10日被逮捕；现羁押在北京市看守所。

指定辩护人曹鹏搏，北京市中北律师事务所律师。

被告人李德玉，男，1970年3月30日出生，汉族，出生地吉林省梅河口市，小学文化，农民，住吉林省梅河口市新河镇东兴村三屯；1998年6月因殴打他人被处以行政拘留十五日，1999年4月因偷窃被处以行政拘留十五日；因涉嫌犯盗窃罪、销售赃物罪于2000年7月29日被羁押，8月10日被逮捕；现羁押在北京市看守所。

辩护人毕文胜，北京市蓝盾律师事务所律师。

被告人李中保，男，1974年8月22日出生，汉族，出生地河南省固始县，小学文化，农民，住河南省固始县分水亭乡吴集村天堂村民组；1996年9月因盗窃被处以劳动教养二年，1999年4月因偷窃被处以行政拘留十五日；因涉嫌犯盗窃罪于2000年7月23日被羁押，8月10日被逮捕；现羁押在北京市看守所。

北京市人民检察院第一分院以京检一分刑诉字（2000）第166号起诉书指控被告人王国清犯抢劫罪、故意伤害罪、盗窃罪，被告人李中保犯盗窃罪，被告人李德玉犯盗窃罪、销售赃物罪，于2000年8月23日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。北京市人民检察院第一分院指派代理检察员苗海龙、陈保红出庭支持公诉，被告人王国清、李中保、李德玉及王国清的指定

辩护人曹鹏搏、李德玉的辩护人毕文胜到庭参加诉讼。现已审理终结。

北京市人民检察院第一分院指控：

一、被告人王国清、李中保、李德玉共同预谋盗窃，遂于2000年7月23日8时许，先后窜至本市颐和园东宫门售票处，由王国清、李中保混入购票人群中行窃，李德玉负责望风，当王国清、李中保窃得游客曹亮的摩托罗拉牌移动电话（价值人民币1 500余元）后欲逃离现场时被发现，北京市公安局海淀分局东宫门派出所民警袁时光（男，33岁）和在场群众张林、何琦立即上前抓捕，当追至颐和园东宫门邮电局前时，王国清为抗拒抓捕用携带的尖刀行凶，将袁时光腹主动脉刺破，造成急性失血性休克死亡；将张林右臂及左胸刺伤，造成轻伤；将何琦右前胸刺伤，造成轻微伤。被告人王国清、李德玉乘机逃跑，被告人李中保逃跑中被群众抓获。

二、被告人王国清，于2000年7月4日22时许，乘车在本市通州区永顺西街下车时与骑摩托车行至此处的朱太平（男，34岁）相碰，发生争执，王国清持随身携带的尖刀朝朱的胸部、腰部猛刺，将朱的心脏刺破，致失血性休克死亡。

三、被告人王国清、李中保，于2000年7月22日上午，窜至本市颐和国德和园内，窃得一名游客的摩托罗拉牌移动电话1部（价值人民币1 600元），后在被告人李德玉的帮助下，将该电话销赃，获赃款人民币900元。

四、被告人王国情、李中保、李德玉，于2000年7月22日中午，窜至本市颐和园广场南侧“家常炒菜”饭馆内，王国清乘机窃得一名游客的理光牌照相机1架（价值人民币546元），后三人又窜至本市海淀区西苑同庆街北京佳达龙鹏通讯公司内，由王国清窃得望远镜1架（价值人民币268元）。

北京市人民检察院第一分院向本院移送了指控三被告人犯罪的被害人陈述、证人证言、现场勘查笔录、刑事科学技术鉴定结论、物证、抓获经过及被告人供述等证据，认为被告人王国清、李中保、李德玉的行为分别触犯了《中华人民共和国刑法》第269条、第263条、第234条、第264条、第312条之规定；王国清构成抢劫罪、故意伤害罪、盗窃罪，李中保构成盗窃罪，李德玉构成盗窃罪、销售赃物罪，提请本院依法惩处。

在法庭审理中，被告人王国清辩称，不知道抓捕他的人是警察。王国清的指定辩护人的辩护意见是：认定王国清犯抢劫罪、故意伤害罪证据不足，被告人王国清有自首情节。被告人李中保、李德玉对起诉书的指控未提出异议。李德玉的辩护人的辩护意见是：指控李德玉犯销售赃物罪证据不足，李德玉在盗窃犯罪中系从犯，请求法院对其从轻处罚。

经审理查明：

一、被告人王国清、李中保、李德玉共同预谋盗窃，遂于 2000 年 7 月 23 日 8 时许，在北京市海淀区颐和园东宫门售票处，由李德玉负责望风，王国清、李中保混入购票的人群中行窃，当王国清、李中保窃得游客曹亮的摩托罗拉牌移动电话机 1 部（价值人民币 1 595 元）后，欲逃离现场时被发现，北京市公安局海淀分局东宫门派出所民警袁时光（男，时年 33 岁）与在场群众张林、何琦即上前抓捕。当袁时光等人追赶王国清等至颐和园东宫门邮电局附近时，被告人王国清掏出随身携带的尖刀行凶拒捕，将袁时光腹主动脉刺破，致急性失血性休克死亡；将张林右臂及左胸刺伤，构成轻伤；将何琦右前胸刺伤，构成轻微伤。被告人李中保趁机逃跑时，被在场群众抓获。后被告人王国清、李德玉被查获归案。上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 被害人曹亮的陈述证实：2000 年 7 月 23 日 8 时许在颐和园东宫门售票处买票时，自己的摩托罗拉移动电话机被人偷走。

2. 被害人张林的陈述证实：2000 年 7 月 23 日 8 时许在颐和园东宫门售票处发现有两个男子，其中一高个男子（王国清）偷了一买票人的包，后与民警袁时光及何琦一起抓捕行窃者，在抓捕过程中高个男子拿出一把刀将袁时光、何琦、张林三人扎伤。

3. 被害人何琦陈述证实：民警袁时光及张林冲上去抓高个男子，自己将矮个男子（李中保）制服后，上前协助抓捕王国清，王国清持刀行凶拒捕，将袁时光、何琦、张林三人扎伤。

4. 证人陈玉俭、夏东义、郭建杰的证言均证实：在案发时，看见民警袁时光等人被扎伤。

5. 现场目击证人陈玉俭及被告人李德玉的辨认笔录，均证实王国清是持刀扎袁时光的人。

6. 现场勘查笔录证实：现场位于颐和园东宫门邮电局门口的通道上，现场留有一片点状血迹。

7. 尸体检验报告鉴定结论证实：袁时光系被他人用单刃刺器刺穿腹壁，刺破腹主动脉，致急性失血性休克死亡。

8. 人体损伤程度鉴定结论证实：张林身体之损伤不低于轻伤；何琦身体之损伤属轻微伤。

9. 起获的物证尖刀 1 把，经刑事科学技术鉴定，结论为短刀上的血迹为袁时光、张林、何琦所留。该物证经被告人王国清辨认是其拒捕行凶时所用凶器。

10. 经对起获的王国清蓝灰上衣、米白色裤子，李中保灰色裤子进行刑事科

学技术鉴定，结论为此三件衣物上的血迹为张林所留。

11. 涉案财产价格鉴定结论及工作说明证实：被窃摩托罗拉牌移动电话价值人民币 1 595 元。

12. 公安机关出具的抓获经过证实：被告人李中保有协助抓获同案犯的重大立功情节。

13. 被告人王国清、李中保、李德玉供述作案的时间、地点、情节手段与上述证据相符并能互相印证。

二、被告人王国清于 2000 年 7 月 4 日 22 时许，在北京市通州区永顺西街下车时，与骑摩托车行至此处的朱太平（男，时年 34 岁）相碰，双方发生争执，王国清即持随身携带的尖刀向朱太平的胸部、腰部猛刺，朱太平因心脏被刺破，致失血性休克死亡。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 现场勘查笔录证实：现场位于北京市通州区永顺西街，有一红色摩托车遗留在现场，路面留有血水迹。

2. 尸体检验报告鉴定结论证实：朱太平系被他人用锐器（单刃刺器类）刺破心脏造成大量失血，致失血性休克死亡。

3. 证人陆勇的证言证实：王国清于 2000 年 7 月 4 日晚在通州区永顺西街用刀扎了一骑摩托车的人。

4. 证人熊细英的证言证实：2000 年 7 月 4 日 22 点许，在通州区永顺西街，看见一个人持刀追打另一个人，后被打的人被送往医院救治。

5. 证人鞠红梅的证言证实：2000 年 7 月 4 日 22 点许；在通州区永顺西街，看到一个穿浅色睡衣的人用刀扎骑摩托车人的前胸两刀、后腰一刀。

6. 证人吕树伯的证言证实：2000 年 7 月 4 日晚，在通州区永顺西街，看到一男青年冲骑摩托车的男子后腰上打了一下，被打的人跑出 15 米左右时，从他后腰上掉下 1 把刀，后打人的人将刀捡走了。

7. 证人李霞的证言证实：案发当天晚上，陆勇向她借钱，并告诉她出事了，捅了人家 3 刀，当时看见在场的王国清上衣有血，王国清还拿出了一把 10 余厘米长的折叠刀。

8. 被告人王国清供述作案的时间、地点、情节手段与上述证据相符。

三、被告人王国清、李中保于 2000 年 7 月 22 日上午，在北京市颐和园德和园内，窃得一名游客的摩托罗拉 T2688 型移动电话机（黄颜色）1 部，价值人民币 1 600 元。被告人李德玉明知该移动电话系盗窃所得，仍予以销赃。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 被告人王国清、李中保的供述证实：2000 年 7 月 22 日上午，在北京市颐和园德和园内盗窃一女游客的黄颜色移动电话 1 部。

2. 被告人李德玉的供述证实：2000 年 7 月 22 日上午，李中保、王国清让其帮助销售一部黄颜色移动电话，自已在颐和园附近的小商店，将该移动电话卖出。

3. 证人张莉莉、刘丽珍的证言均证实：2000 年 7 月 22 日中午，有 3 个年轻人到店中出售一部黄颜色移动电话。刘丽珍并指认李德玉是向其出售移动电话的人。

4. 涉案财产价格鉴定结论证实：所窃移动电话价值人民币1 600元。

5. 物证摩托罗拉牌 T2688 型移动电话 1 部在案证实。

四、被告人王国清、李中保、李德玉于 2000 年 7 月 22 日中午，在北京市颐和园广场南侧一饭馆内，由王国清窃得一游客理光牌照相机 1 架，价值人民币 540 元。后 3 人在海淀区西苑同庆街北京佳达龙鹏通讯公司内，由王国清窃得望远镜 1 架，价值人民币 268 元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 被害人陈金土的证言证实：2000 年 7 月 22 日下午，发现自己店中丢失 1 个黑色望远镜。

2. 涉案财产价格鉴定结论证实：黑色望远镜价值人民币 268 元，照相机价值人民币 540 元。

3. 物证照相机、望远镜在案证实。

4. 被告人李中保指认作案地点的辨认笔录在案佐证。

5. 被告人王国清、李中保、李德玉均供述上述事实，且与上述证据相符。

对于被告人王国清在庭审中关于不知道抓捕他的人是警察的辩解，经查：被害人陈述、证人证言及被告人李中保的供述均证实袁时光抓捕王国清时已向其表明警察身份，王国清的辩解没有事实根据，本院不予采信。

对于王国清指定辩护人关于认定被告人王国清犯抢劫罪、故意伤害罪证据不足的辩护意见，经查，被告人王国清因盗窃被发现后行凶拒捕，其行为符合法律规定的抢劫罪的犯罪构成；被告人王国清持刀故意伤害他人，致人死亡的事实，有证人证言、刑事科学技术鉴定书及被告人王国清供述等证据在案证实，辩护人的辩护意见没有事实根据，本院不予采纳。辩护人关于王国清犯故意伤害罪有自首情节的辩护意见，本院予以采纳。

对于被告人李德玉辩护人关于李德玉犯销售赃物罪证据不足的辩护意见，经查，李德玉明知盗窃所得赃物，仍予以销售，其行为符合销售赃物罪的犯罪构

成，辩护人的辩护意见缺乏事实根据，本院不予采纳。辩护人的其他辩护意见理由不充分，本院亦不予采纳。

本院认为，被告人王国清以非法占有为目的，多次秘密窃取他人财物，数额较大；并在盗窃他人财物被发现后，以暴力抗拒抓捕，致一人死亡，两人受伤，其行为已分别构成抢劫罪、盗窃罪，所犯抢劫罪情节、后果特别严重，社会危害性极大，必须严惩，对其所犯盗窃罪亦应惩处。被告人王国清还持刀故意伤害他人身体，致人死亡，其行为又已构成故意伤害罪。鉴于其在被抓获后供述了司法机关尚不掌握的故意伤害罪的犯罪事实，可视为自首，故对其所犯故意伤害罪依法予以从轻处罚。被告人李中保、李德玉以非法占有为目的，以秘密手段窃取他人财物；数额较大，其行为均已构成盗窃罪，应依法惩处。鉴于被告人李中保有重大立功情节，故予以从轻处罚。被告人李德玉明知是犯罪所得的赃物，仍予以销售，其行为已构成销售赃物罪；亦应依法惩处。北京市人民检察院第一分院指控被告人王国清犯抢劫罪、故意伤害罪、盗窃罪，李德玉犯盗窃罪、销售赃物罪，李中保犯盗窃罪的事实清楚，证据确凿，指控罪名成立。被告人王国清的辩解没有事实根据，本院不予采信。其指定辩护人关于指控王国清犯抢劫罪、故意伤害罪证据不足的辩护意见没有事实根据，本院不予采纳；关于王国清犯故意伤害罪有自首情节的辩护意见，本院予以采纳。李德玉辩护人关于李德玉犯销售赃物罪证据不足的辩护意见，缺乏事实根据，本院不予采纳。辩护人的其他辩护意见理由不充分，本院亦不予采纳。本院依照《中华人民共和国刑法》第 269 条、第 263 条第（五）项、第 234 条第 2 款、第 264 条、第 312 条、第 57 条第 1 款、第 25 条第 1 款、第 67 条第 2 款、第 68 条第 1 款、第 69 条、第 64 条、第 61 条之规定，判决如下：

一、被告人王国清犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯故意伤害罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；犯盗窃罪，判处有期徒刑 2 年，并处罚金人民币 2 000 元；决定执行死刑；剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

二、被告人李德玉犯盗窃罪，判处有期徒刑 1 年，并处罚金人民币 1 000 元；犯销售赃物罪，判处有期徒刑 6 个月，并处罚金人民币 1 000 元，决定执行有期徒刑 1 年零 3 个月，并处罚金人民币 2 000 元（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 2000 年 7 月 29 日起至 2001 年 10 月 28 日止，罚金自判决确定之日起缴纳）。

三、被告人李中保犯盗窃罪，判处有期徒刑 6 个月并处罚金人民币 1 000 元（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1

日，即自 2000 年 7 月 23 日起至 2001 年 1 月 22 日止，罚金自判决确定之日起缴纳）。

四、查获之证物及扣押物品分别予以没收或发还（清单附后）。

如不服本判决，可在接到本判决书的第二日起 10 日内，向本院或直接向北京市高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本四份。

审判长：刘　香
代理审判员：刘俊燕
代理审判员：孙庆宏
2000 年 9 月 4 日
书记员：黄　璇

附录二：

北京市高级人民法院
刑事裁定书

（2000）高刑终字第533号

公诉机关：北京市人民检察院第一分院

上诉人（原审被告人）王国清，男，1978年1月15日出生，汉族，出生地辽宁省抚顺市，高中文化，无业，住辽宁省抚顺市东洲区阿金沟3委4组依兰街16—1号2单元301号；1995年6月因盗窃被处以劳动教养1年，1998年4月因寻衅滋事被处以劳动教养2年；因涉嫌犯抢劫罪、故意伤害罪、盗窃罪于2000年7月23日被羁押，8月10日被逮捕；现羁押在北京市看守所。

指定辩护人曹德立，北京市帮德律师事务所律师。

原审被告人李德玉，男，1970年3月30日出生，汉族，出生地吉林省梅河口市，小学文化，农民，住吉林省梅河口市新河镇东兴村三屯；1998年6月因殴打他人被处以行政拘留15日，1999年4月因偷窃被处以行政拘留15日；因涉嫌犯盗窃罪、销售赃物罪于2000年7月29日被羁押，8月10日被逮捕；现羁押在北京市看守所。

原审被告人李中保，男，1974年8月22日出生，汉族，出生地河南省固始县，小学文化，农民，住河南省固始县分水亭乡吴集村天堂村民组；1996年9月因盗窃被处以劳动教养2年，1999年4月因偷窃被处以行政拘留十五日；因涉嫌犯盗窃罪于2000年7月23日被羁押，8月10日被逮捕；现羁押在北京市看守所。

北京市第一中级人民法院审理北京市人民检察院第一分院指控的原审被告人王国清抢劫、故意伤害、盗窃，李德玉盗窃、销售赃物，李中保盗窃一案，于2000年9月4日作出（2000）一中刑初字第1745号刑事判决。原审被告人王国清对判决不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，公开审理了本案。北京市人民检察院指派代理检察员韩晓霞出庭履行职务。上诉人王国清及指定辩护人曹德立、原审被告人李中保、李德玉、被害人曹亮、张林、何琦到庭参加诉讼。本案

现已审理终结。

北京市第一中级人民法院刑事判决认定：王国清于 2000 年 7 月 4 日 22 时许，在北京市通州区永顺西街下车时，与骑摩托车行至此处的朱太平（男，时年 34 岁）相碰，双方发生争执，王国清即持随身携带的尖刀向朱太平的胸部、腰部猛刺，朱太平因心脏被刺破，致失血性休克死亡。

被告人王国清、李中保于 2000 年 7 月 22 日上午，在北京市颐和园德和园内，窃得 1 名游客的摩托罗拉 T2688 型移动电话机（黄颜色）1 部，价值人民币 1 600 元。被告人李德玉明知该移动电话系盗窃所得，仍予以销赃。当日中午，在北京市颐和园广场南侧一饭馆内，由王国清窃得一游客理光牌照相机 1 架，价值人民币 540 元。后三人在海淀区西苑同庆街北京佳达龙鹏通讯公司内，由王国清窃得望远镜 1 架，价值人民币 268 元。2000 年 7 月 23 日 8 时许，在北京市海淀区颐和园东宫门售票处，由李德玉负责望风，王国清、李中保混入购票的人群中行窃，当王国清、李中保窃得游客曹亮的摩托罗拉牌移动电话机 1 部（价值人民币 1 595 元）后，欲逃离现场时被发现，北京市公安局海淀分局东宫门派出所民警袁时光（男，时年 33 岁）与在场群众张林、何琦即上前抓捕。当袁时光等人追赶王国清等至颐和园东宫门邮电局附近时，被告人王国清掏出随身携带的尖刀行凶拒捕，将袁时光腹主动脉刺破，致急性失血性休克死亡；将张林右臂及左胸刺伤，构成轻伤；将何琦右前胸刺伤，构成轻微伤。李中保被当场抓获。王国清、李德玉被查获归案。

原审人民法院判决认定以上事实的根据有现场照片和勘查笔录、尸体检验结论、人体损伤鉴定结论、涉案物品价格鉴定结论、证人证言、被害人陈述、辨认笔录、抓获经过、起获的物证、被告人的供述等。

原审人民法院认为，王国清以非法占有为目的，多次秘密窃取他人财物，数额较大；并在盗窃他人财物被发现后，以暴力抗拒抓捕，致一人死亡，两人受伤，其行为已分别构成抢劫罪、盗窃罪，所犯抢劫罪情节、后果特别严重，社会危害性极大，必须严惩，对其所犯盗窃罪亦应惩处。王国清还持刀故意伤害他人身体，致人死亡，其行为又已构成故意伤害罪。鉴于其在被抓获后供述了司法机关尚不掌握的故意伤害罪的犯罪事实，可视为自首，故对其所犯故意伤害罪依法予以从轻处罚。李中保、李德玉以非法占有为目的，以秘密手段窃取他人财物；数额较大，其行为均已构成盗窃罪，应依法惩处。鉴于李中保有重大立功情节，故予以从轻处罚。李德玉明知是犯罪所得的赃物，仍予以销售，其行为已构成销售赃物罪；亦应依法惩处。故认定王国清犯抢劫罪，判处死刑。剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，犯故意伤害罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终

身；犯盗窃罪，判处有期徒刑 2 年，并处罚金人民币 2 000 元；决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。李德玉犯盗窃罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币 1 000 元，犯销售赃物罪，判处有期徒刑 6 个月，并处罚金人民币 1 000 元；决定执行有期徒刑 1 年零 3 个月，并处罚金人民币 2 000 元。李中保犯盗窃罪，判处有期徒刑 6 个月，并处罚金人民币 1 000 元。查获之证物及扣押物品分别予以没收或发还。

王国清上诉提出事实不清，2000 年 7 月 23 日上午其没有偷东西，是其同案李中保偷的；扎人前不知道袁时光是警察。其指定辩护人曹德立律师的辩护意见是认定王国清犯故意伤害罪的证据不足，没有一个证人对王国清进行指认，没有证据能证明王国清伤害他人致死；王国清有自首情节，一审在数罪并罚后决定执行刑罚是没有体现从轻处罚，建议二审予以考虑。

北京市人民检察院意见：本案事实清楚，证据确实、充分，定罪准确。量刑适当，审判程序合法，建议驳回王国清的上诉，维持原判。

经审理查明：

一、抢劫、盗窃

王国清、李中保、李德玉共同预谋盗窃，遂于 2000 年 7 月 23 日 8 时许，在北京市海淀区颐和园东宫门售票处，由李德玉负责望风，王国清、李中保混入购票的人群中行窃，当王国清、李中保窃得游客曹亮的摩托罗拉牌移动电话机 1 部（价值人民币 1 595 元）后，欲逃离现场时被发现，北京市公安局海淀分局东宫门派出所民警袁时光（男，时年 33 岁）与在场群众张林、何琦即上前抓捕。当袁时光等人追赶王国清等至颐和园东宫门邮电局附近时，被告人王国清掏出随身携带的尖刀行凶拒捕，将袁时光腹主动脉刺破，致急性失血性休克死亡；将张林右臂及左胸刺伤，构成轻伤；将何琦右前胸刺伤，构成轻微伤。被告人李中保趁机逃跑时，被在场群众抓获。后被告人王国清、李德玉被查获归案。

上述事实，有下列证据证明：（1）被害人曹亮的陈述证实：2000 年 7 月 23 日 8 时许在颐和园东宫门售票处买票时，自己的摩托罗拉移动电话机被人偷走。（2）被害人张林的陈述证实：2000 年 7 月 23 日 8 时许在颐和园东宫门售票处发现有两个男子，其中一高个男子（王国清）偷了一买票人的包，后与民警袁时光及何琦一起抓捕行窃者，在抓捕过程中高个男子拿出一把刀将袁时光、何琦、张林三人扎伤。（3）被害人何琦陈述证实：民警袁时光及张林冲上去抓高个男子，自己将矮个男子（李中保）制服后，上前协助抓捕王国清，王国清持刀行凶拒捕，将袁时光、何琦、张林三人扎伤。（4）证人陈玉俭、夏东义、郭建杰证实在案发现场看见民警袁时光等人被扎伤。陈玉俭辨认出王国清就是持刀扎袁时光的

人。（5）北京市公安局海淀分局勘查笔录及现场照片证实：现场位于颐和园东宫门邮电局门口的通道上，现场留有一片点状血迹。（6）北京市公安局刑事科学技术鉴定书尸体检验报告证实：袁时光系被他人用单刀刺器刺穿腹壁，刺破腹主动脉，致急性失血性休克死亡。（7）北京市公安局刑事科学技术鉴定书人体损伤程度鉴定结论：张林身体之损伤不低于轻伤；何琦身体之损伤属轻微伤。（8）北京市公安局刑事科学技术鉴定书法医物证鉴定结论：起获的物证尖刀1把上的血迹为袁时光、张林、何琦所留。该物证经被告人王国清辨认是其拒捕行凶时所用凶器。起获的王国清作案时所穿蓝灰上衣、米白色裤子，李中保作案时所穿灰色裤子上的血迹为张林所留。（9）北京市海淀区价格事务所出具的价格鉴定结论及工作说明证实，摩托罗拉牌移动电话价值人民币1 595元。（10）北京市公安局海淀刑警青龙桥队出具的抓获经过证实：被告人李中保有协助抓获同案犯的重大立功情节。（11）王国清、李中保、李德玉供述作案的时间、地点、情节手段与上述证据相符并能互相印证。

王国清上诉提出事实不清，手机是同案李中保偷的，经查，李中保的供述、被害人张林的陈述均证实，被害人的摩托罗拉牌移动电话机为王国清所偷；王国清上诉还提出用刀扎人前不知道袁是警察，经查，李中保的供述、被害人张林、何琦的陈述、目击证人陈玉俭的证言均证实，在抓捕王国清时，袁时光向其表明身份，说“别动，我是警察”。

二、故意伤害

上诉人王国清于2000年7月4日22时许，在北京市通州区永顺西街下车时，与骑摩托车行至此处的朱太平（男，时年34岁）相碰，双方发生争执，王国清即持随身携带的尖刀向朱太平的胸部、腰部猛刺，朱太平因心脏被刺破，致失血性休克死亡。

上述事实，有下列证据证明：（1）证人陆勇的证言证实：王国清于2000年7月4日晚在通州区永顺西街用刀扎了一骑摩托车的人。（2）证人李霞证实：案发当天晚上，其在盖志义饭店，陆勇来向其借钱，并告诉其出事了。陆勇走后约半个小时，王国清等人到盖志义饭店吃饭，其看见王国清的上衣和短裤上都有血，还拿出了1把10余厘米长的折叠刀。（3）证人熊细英证实：2000年7月4日22点许，在通州区永顺西街，看见一个人持刀追打另一个人，后被打的人被送往医院救治。（4）证人鞠红梅证实：2000年7月4日22点许；在通州区永顺西街，看到一个穿浅色睡衣的人用刀扎骑摩托车人的前胸两刀、后腰一刀。（5）证人吕树伯的证言证实：2000年7月4日晚，在通州区永顺西街，看到一男青年冲骑摩托车的男子后腰上打了一下，被打的人跑出15米左右时，从他后腰上掉下1把刀，

后打人的人将刀捡走了。（6）北京市公安局通州分局勘查笔录及现场照片证实：现场位于北京市通州区永顺西街，有一红色摩托车遗留在现场，路面留有血迹。（7）北京市公安局刑事科学技术鉴定书尸体检验结论证实：朱太平系被他人用锐器（单刀刺器类）刺破心脏造成大量失血，致失血性休克死亡。（8）王国清供述作案的时间、地点、情节手段与上述证据相符。

上诉人王国清的辩护人提出，认定王国清故意伤害罪的证据不足，经查，在案证人均证实只有一人持刀伤人。王国清在预审期间亦多次供述其扎了被害人三刀，尸体检验结论证实被害人身上有三处伤致失血性休克死亡，证据充分，足以认定。

三、盗窃、销售赃物

1. 王国清、李中保于2000年7月22日上午，在北京市颐和园德和园内，窃得一名游客的摩托罗拉 T2688 型移动电话机（黄颜色）1部，价值人民币1 600元。李德玉明知该移动电话系盗窃所得，仍予以销赃。

上述事实，有下列证据证明：（1）王国清、李中保的供述证实：2000年7月22日上午，在北京市颐和国德和园内盗窃一女游客的黄颜色移动电话1部。（2）李德玉的供述证实：2000年7月22日上午，李中保、王国清让其帮助销售1部黄颜色移动电话，其在颐和园附近的小商店，将该移动电话卖出。（3）证人张莉莉、刘丽珍证实：2000年7月22日中午，有3个年轻人到店中出售1部黄颜色移动电话。刘丽珍并指认李德玉是向其出售移动电话的人。（4）北京市海淀区价格事务所涉案财产价格鉴定结论，所窃移动电话价值人民币1 600元。（5）起获的摩托罗拉牌 T2688 型移动电话1部在案证实。

2. 王国清、李中保、李德玉于2000年7月22日中午，在北京市颐和园广场南侧一饭馆内，由王国清窃得一游客理光牌照相机1架，价值人民币540元。后三人在海淀区西苑同庆街北京佳达龙鹏通讯公司内，由王国清窃得望远镜1架，价值人民币268元。

上述事实，有下列证据证明：（1）失主陈金土证实：2000年7月22日下午，发现自己店中丢失一个黑色望远镜。（2）北京市海淀区价格事务所涉案财产价格鉴定结论证明，黑色望远镜价值人民币268元，照相机价值人民币540元。（3）起获的物证照相机、望远镜在案证实。（4）李中保指认作案地点的辨认笔录在案佐证。（5）王国清、李中保、李德玉均供述上述事实，且与上述证据相符。

上述各项事实的证据，经北京市第一中级人民法院及本院庭审质证属实，本院经审核予以确认。

本院认为，上诉人王国清以非法占有为目的，多次秘密窃取他人财物，数额

较大；在盗窃他人财物被发现后，以暴力抗拒抓捕，致1人死亡，2人受伤，其行为已分别构成抢劫罪、盗窃罪。上诉人王国清还持刀故意伤害他人身体，致人死亡，其行为已构成故意伤害罪。其所犯抢劫罪，罪行极其严重，依法应予惩处，对其所犯盗窃罪、故意伤害罪应与抢劫罪并罚。鉴于其在因抢劫被抓获后供述了司法机关尚未掌握的故意伤害的事实，可视为自首，对其所犯故意伤害罪依法予以从轻处罚。原审被告人李中保、李德玉以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，数额较大，共行为均已构成盗窃罪，依法均应予惩处。鉴于原审被告人李中保有协助公安机关抓捕同案犯的重大立功表现，故予以从轻处罚。原审被告人李德玉明知是犯罪所得的赃物，仍予以销售，其行为已构成销售赃物罪，依法应与其所犯盗窃罪并罚。上诉人王国清的上诉理由没有事实依据，不予以采信。其辩护人的辩护意见没有事实和法律依据，不予采纳。北京市人民检察院建议驳回上诉，维持原判的意见正确，本院予以采纳。原审人民法院根据王国清、李中保、李德玉犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度所作的判决，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。据此，本院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第（一）项的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。根据《最高人民法院关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知》的规定，核准对被告人王国清以抢劫罪判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以故意伤害罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；以盗窃罪，判处有期徒刑2年，并处罚金人民币2 000元，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事裁定。

审判长：赵俊怀
代理审判员：赵永辉
代理审判员：倪爱虹
2000年11月7日
书记员：刘东辉
李振双

（五）妨害社会管理秩序犯罪

中国首例“非典”刑事案
张月新寻衅滋事案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪在犯罪论上的一般关系
六、抢劫罪胁迫行为的认定
七、强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的具体区分
八、关于本案定性的研析
九、结语
附录：北京市海淀区人民法院刑事判决书

一、选案理由

2003 年的春天，一场突如其来的“非典”疫情打乱了人们正常的生产、工作、学习和生活秩序，给我们的整个社会都带来了不利后果。可就是在这个举国上下共抗“非典”的特殊时期，一些不法分子却借“非典”肆虐之机进行着各种各样的违法犯罪活动，严重妨碍了国家的传染病防控工作，造成了十分恶劣的社会影响。由此给国家的法律适用提出了更高要求：既要做到保障“非典”防控工作的顺利进行，又要做到准确适用法律。作为全国首例有关“非典”的刑事案件——张月新寻衅滋事一案的审判就是在这种背景下进行的。该案不仅是北京市发生的第一起有关“非典”的刑事犯罪案件，也是最高人民法院、最高人民检察院 2003 年 5 月 14 日《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件

具体应用法律若干问题的解释》发布后，我国法院系统依据该解释审理的第一起涉“非典”的刑事案件。[①] 该案的办理及判决对此后各级人民法院办理类似案件具有重要的参考价值，因此，当天的审判，中央电视台、人民法院网等新闻媒体纷纷进行了直播报道，法律界的相关人士也对该案给予了充分关注。特别是该案在审理时，“非典”疫情仍在我国不少地区肆虐，这就更加引起了社会上方方面面的广泛关注，瞩目的焦点不仅仅在于张月新的行为在刑法上如何定性评价，也在于当时突发的“非典”疫情对该案审判的影响：在“非典”那样一个特殊时期，法院在审理刑事案件时是否可以突破法律的限制，一概从重处罚？特别是在案件定性存在重大分歧时，是否可以一味地按照重罪处罚？这些都是值得我们思考的问题。该案凭借其上述社会影响和理论价值入选本书。

二、基本案情

2003 年 4 月 24 日 16 时 30 分许，被告人张月新与其朋友司某等人在北京市海淀区清河毛纺厂南小区菜市场门口炒菜摊喝酒时，适遇北京市京京肉食厂职工郝立新、周桂芝开着面包车在马路对面卖熟食。张月新即上前挑选了几样熟食装在塑料袋里，并付给了周桂芝一张面值 100 元的假币。周辨认出是假币，要求其更换，张月新又从熟食筐中拿了一根蒜肠，并说：“这年头吃东西还要钱，我有‘非典’你信不信？我还有证，我刚从医院跑出来。”随即拿着蒜肠回到自己酒桌上打开就吃。郝立新向其索要蒜肠钱，张月新即从桌子上拿起一把削菠萝用的刀子冲其比划，声称自己患有“非典”，拒不付款。

此后，张月新又从郝、周处拿走两包叉烧肉、一根蒜肠。郝立新、周桂芝见状便准备开车离去，张月新上前拦住车，要将最初挑选好的一袋熟食拿走，周桂芝不同意。张月新强行跳上食品车拿走那袋熟食，周桂芝向其索要熟食钱，张月新再次以传染“非典”对周进行威胁。后其见周还不走，就说：“给你 50 元钱。”周桂芝表示同意。但其又将那张 100 元假钞给周，周拒收，张月新便又回到食品车上。张月新一边走，一边将熟食袋内的一只口水鸡送给一个小女孩。后周桂芝将剩下的熟食放回车上，张月新仍在车上轰赶顾客，并阻止顾客付款。

后公安民警赶到现场，被告人张月新对民警称：“我有‘非典’，先传染给你”。民警遂封锁了现场，疏散了上百名围观群众，并将被告人张月新抓获。经检查，张月新身体健康，无“非典”症状。张月新的行为造成北京市京京肉食厂

① 参见田雨、李术峰：《北京非典刑事第一案庭审纪实 为什么判两年徒刑》，载《新华网》2003 年 5 月 22 日，http：//news. xinhuanet. com/legal/2003—05/22/content _ 881114. htm。

损失两根蒜肠，两块叉烧肉，两块牛肉，一只口水鸡，共计价值人民币 69 元。[①]

三、裁判要旨

被告人在使用假币购买食品被卖主识破后，谎称自己患有“非典”疾病，公然强拿硬要他人食品，并在获取食品后仍不罢休，继续干扰他人正常经营活动，甚至用“非典”威胁前来制止其行为的公安人员，反映出其对社会公德和国家法纪的公然蔑视。同时，结合行为人白吃他人菠萝，随意地将熟食送给他人，不让已经购买了熟食的顾客付钱等一系列行为，可以看出其主观上并非单纯以“使用暴力占有他人财物”为主要目的，其行为侵犯的客体主要是社会公共秩序，而不是他人的人身及财产权利。尽管被告人客观上实施了以传染“非典”、持刀威胁等胁迫手段占有他人食品的行为，但从其先后支付假币搪塞事主，在取得食品后并不脱离现场，事主始终未放弃向其索要钱款等客观情况看，亦说明其使用的威胁方法尚达不到抢劫罪所要求的对他人人身安全造成现实威胁的程度，而仅仅是其强拿硬要的一种手段。因此对其行为不应认定为抢劫罪。酒后强拿硬要少量财物，并在公共场所无理取闹，造成公共场所秩序混乱的行为，从主客观相一致的角度考虑，完全符合寻衅滋事罪的犯罪构成，因此应认定为寻衅滋事罪。[②]

四、引发的理论问题

关于本案的定性问题，检法两家产生了重大分歧。这种分歧的背后，在笔者看来，说到底就是抢劫罪与强拿硬要方式的寻衅滋事罪的区分问题。

在一般情况下，作为侵犯财产罪的抢劫罪与作为妨害社会管理秩序罪的寻衅滋事罪各有其不同的表现特征，不会出现适用的混淆。问题的关键或者说将两种犯罪紧密联系起来的基点在于新刑法所规定的寻衅滋事罪客观方面中的强拿硬要方式，恰恰是这一行为方式使得这两种犯罪产生了某种紧密联系。这正如有的学者所指出的那样：“当寻衅滋事行为在客观上表现为行为人强拿硬要他人财物，尤其是伴随有暴力或者语言威胁手段的强拿硬要时，它和抢劫行为就会出现一些相似的地方，即在客观方面都表现为使用暴力、语言威胁的手段，获取他人财物。那么，此时该行为究竟是构成寻衅滋事罪还是抢劫罪呢？这就涉及二罪的区分问题。”[③]

---

① 参见最高人民法院刑二庭：《正确区分抢劫罪和寻衅滋事罪》，载《中国法院互联网》2003 年 8 月 4 日，http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=72601。

② 参见《人民法院报》2003 年 5 月 22 日。

③ 参见陈兴良主编：《刑法案例教程》，中国法制出版社 2003 年版，第 387 页。

事实上，在司法实践中，行为人强拿硬要他人财物的案件，常常伴随着有一定的暴力或语言威胁手段，往往容易让人产生错觉，从而难以界定为究竟是抢劫罪还是寻衅滋事罪。就目前的情况来看，这类案件不仅在数量上是不容忽视的，而且很大一部分案件的行为主体涉及 14 至 16 岁的青少年。[①] 因此，正确对强拿硬要方式的寻衅滋事罪和抢劫罪进行区分也就显得尤其重要。具体到本案，我们也只有在这一问题上有个科学正确的认识，才能准确界定本案行为人的犯罪性质。限于篇幅，本文主要集中探讨以下几个问题，即：①强拿硬要的寻衅滋事罪与抢劫罪在犯罪论上的一般关系；②抢劫罪胁迫行为的认定问题；③强拿硬要的寻衅滋事罪与抢劫罪的具体界限；④本案的定性问题。

五、强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪在犯罪论上的一般关系

如前所述，强拿硬要方式的寻衅滋事罪在实践中极易与抢劫罪发生某种紧密联系，从而给案件的准确定性带来一定困难。因此，首先有必要对这两种不同犯罪行为的关系作一深入探讨。

（一）二者并非想象竞合犯关系

关于这两种犯罪行为的一般关系，本案中的公诉机关将其认定为是想象竞合犯，而理论界也有不少人对此持肯定态度："使用暴力或者胁迫方法强拿硬要他人财物的，属于本罪（指寻衅滋事罪——笔者注。）与抢劫罪的想象竞合犯，按从一重罪处罚的原则，应以抢劫罪定罪处罚。"[②] 那么，抢劫罪与强拿硬要方式的寻衅滋事罪究竟能否构成想象竞合犯呢？需要认真分析。

我们知道，想象竞合犯是指行为人实施了一个犯罪行为而同时触犯数个不同罪名的犯罪形态。构成想象竞合犯，首要的基本条件是行为人必须仅实施一个犯罪行为。它可以是一个故意犯罪的行为，也可以是一个过失犯罪的行为。如果出于故意罪过的，是确定故意，还是概括的故意，均不影响其成立。出自一个故意而实施犯罪，因同一行为过失地造成另一犯罪结果，也只能评价为一个行为。而且，按照学者的一般理解，在想象竞合犯的情况下，行为人主观上实际是具有数个罪过的。即其"不仅触犯的罪名有竞合，而且主观罪过也存在竞合现象。如果行为人对发生的其他结果不具有罪过，则发生的结果对行为人而言就属于意外事件，不能成立想象竞合犯。"[③]

---

① 参见陈兴良主编：《刑法疑案研究》，法律出版社 2002 年版，第 338 页。

② 参见陈忠林主编：《刑法（分论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 608 页。

③ 参见林亚刚：《论想象竞合犯的若干问题》，载《法律科学》2004 年第 1 期。

而在强拿硬要行为中，这一犯罪行为与抢劫行为不仅有量的不同，更有质的差异，这一点我们在后面将会深入阐述。这种巨大的差异使之只能作为寻衅滋事罪的行为方式而不能认定为抢劫罪的行为方式，或者说，强拿硬要行为属于寻衅滋事罪的本罪行为，并未发生行为的超越问题，而且，这一行为中并不存在主观罪过的竞合问题，因此，不符合想象竞合犯的一般要求。

进一步讲，在强拿硬要行为中，尽管行为人有一定的强制取财的举动，但该举动恰恰是行为人寻衅滋事的行为方式之一即强拿硬要的组成部分。如果将这一举动作为独立的抢劫行为，那么，寻衅滋事罪中的强拿硬要行为方式就无存在的意义和价值，从而就使得这一规定成为多余，这显然是不符合立法者设立这一规定的立法精神的。同时，这样的理解必然会无形中扩大抢劫罪的适用范围，使本属于寻衅滋事罪中的强拿硬要行为均被认定为是抢劫行为，就使本来犯轻罪的行为人要承担重罪的刑事责任，这显然也有悖于日益注重保护犯罪人人权的国际潮流。

而且，这样做的合理性也值得怀疑：因为同是强拿硬要的举动，同是属于一个犯意支配下的举动，为何不论何种强拿硬要举动，都属于抢劫罪本身的有机组成部分？认为强拿硬要的行为构成寻衅滋事罪和抢劫罪，属于想象竞合犯，实际上是将这一行为等同于抢劫行为，因为按照想象竞合犯的处断原则，结果行为人只能是构成抢劫罪。既然如此，该行为就不可能再成为寻衅滋事罪的犯罪行为，这样寻衅滋事罪也就无法成立。

因此，强拿硬要他人财物所构成的寻衅滋事罪与抢劫罪并非想象竞合犯关系，其实质是两种不同的犯罪行为。强拿硬要行为本身就是寻衅滋事罪的原本的行为方式之一，它完全不同于抢劫行为，不应当也不可能成为抢劫罪的行为方式，这也是我们从新刑法规定中得出的必然逻辑。

（二）二者亦非法条竞合关系

还有必要指出的是，这两种犯罪行为也不能构成法条竞合关系。所谓法条竞合，按照一般理解，是指由于法律对犯罪的错综规定，一个犯罪行为同时触犯数个相互存在着整体或者部分包容关系的刑法分则条文，只能适用其中一个条文而排斥其他条文适用的情形。

寻衅滋事罪与抢劫罪在一般情形下是不会发生法条竞合的，因为抢劫罪尽管没有数额标准的规定，但其属于重罪，对于行为的方式以及对被害人造成精神强制程度均存在可罚性的要求；而寻衅滋事罪是一种轻罪，其侵犯的客体、行为类型、行为目的以及对犯罪对象造成的侵害后果等方面与抢劫罪性质和程度都存在不同。特别是寻衅滋事罪的犯罪对象是不特定的，只要行为能够满足其流氓动机

就可以了，这是这一动机的必然逻辑结果，也是寻衅滋事罪的对象"群众化"与抢劫罪的对象确定化的界限所在，同时不能将强拿硬要行为视同向抢劫罪的转化，就这一行为造成的后果来看，根本就没有超出寻衅滋事罪的法定要求。因此，抢劫罪与强拿硬要的寻衅滋事罪并不存在法条的竞合关系。[①]

由此可见，抢劫罪与强拿硬要方式的寻衅滋事罪尽管表面上有某种交叉和重合之处，但从犯罪论上来审视，其并不构成想象竞合犯或者法条竞合；这二者各有不同的犯罪构成要件，应当说是各自独立的犯罪行为，对此，我们首先应当有正确的认识和把握。

六、抢劫罪胁迫行为的认定

案件的相关事实是：张月新在周桂芝要求其更换其付出的一张面值 100 元的假币时，他不仅不予更换，反而说："这年头吃东西还要钱，我有'非典'你信不信？我还有证，我刚从医院跑出来。"随即拿着蒜肠回到自己酒桌上打开就吃。郝立新向其索要蒜肠钱，张月新即从桌子上拿起一把削菠萝用的刀子冲其比划，声称自己患有"非典"，拒不付款。此后，张月新又在郝立新、周桂芝准备开车离去时，上前拦住车，要将最初挑选好的一袋熟食拿走，周桂芝不同意。张月新强行上食品车拿走那袋熟食，周桂芝向其索要熟食钱，张月新再次以传染"非典"对周进行威胁。后在公安民警赶到现场后，被告人张月新甚至对民警仍然宣称："我有'非典'，先传染给你。"民警被迫封锁了现场，疏散了上百名围观群众。经检查，张月新身体健康，无"非典"症状。

在本案中，公诉机关指控被告人张月新构成抢劫罪的一个主要依据就在于行为人以上的谎称自己患有"非典"对被害人进行精神威胁，又以水果刀威胁被害人安全的行为，可以认定为构成了抢劫罪的胁迫行为；对此，审判机关却认为被告人张月新的上述威胁方法尚未达到抢劫罪所要求的对他人人身安全造成现实威胁的程度，而仅仅是其强拿硬要的一种手段，还不能认定是抢劫罪的胁迫行为。可见，是否能将张月新的上述威胁行为认定为是抢劫罪的胁迫行为，是其能否构成抢劫罪的最具有决定意义的一点。那么，张月新的上述一系列行为是不是构成了抢劫罪的胁迫行为呢？要正确回答这一问题，就有必要探讨一下抢劫罪中胁迫行为的认定问题。对此，我们可以先从抢劫罪中胁迫行为的特征着手。

（一）抢劫罪胁迫行为的特征

抢劫罪的胁迫行为，是指以对被害人实施某种暴力侵害行为相威胁，使其产

---

① 参见苏惠渔、杨兴培主编：《刑事疑难案例法理评析》，法律出版社 2000 年版，第 239—240 页。

生恐惧而被迫服从行为人的意志的行为。从胁迫的对象来看，可以是财物的所有人、保管人或者持有人；但是只能对人实施，不能对物实施。值得注意的是，从刑法上所规定的犯罪来看，要求以胁迫方法作为犯罪手段的并不少见；但是不同的犯罪的胁迫内容却存在差异，例如抢劫罪与强奸罪的胁迫内容就不同，后者可以包括以实施暴力、揭发隐私、毁坏财产等相恫吓。而且一般认为，利用妇女的愚昧无知，以迷信谣言相恐吓或欺骗，利用教养关系，职务上从属关系，以断绝妇女生活来源等相威胁，也是构成强奸的胁迫方法。[①] 认定上较为宽泛、灵活。但是抢劫罪的胁迫内容却有别于此，由于现行刑法对此并未作出明确规定，因而理论上也有不同观点。通说的观点是认为：“我国刑法（指的是 1979 年刑法——笔者注。）对胁迫自然应理解为以暴力相威胁。”[②] 也有一部分学者对此提出了质疑，认为这样的理解并不十分精确，指出：“恐吓或胁迫，其能否成为抢劫罪中的胁迫，并不在于内容如何，而在于能否造成使他人明显难以抗拒这一结果。任何形式的恐吓或逼迫，不管其内容是暴力的，还是非暴力的，只要令人明显难以抗拒，就足以成立抢劫罪中的胁迫。”[③] 比较这两种观点，哪一种理解更为科学呢?

笔者赞同通说的观点，即认为抢劫罪的胁迫内容应当限于使用暴力。其理由在于：一方面，正如有的学者所指出的，结合 1979 年《刑法》第 153 条关于转化型抢劫罪需“当场使用暴力或者以暴力相威胁”的明文规定以及抢劫罪的特点，对抢劫罪的胁迫内容只能理解为以实施暴力相威胁，我国司法实践也正是这样理解执行的。另一方面，一般来说，暴力的危害性远远大于胁迫的危害性，对胁迫的限制就应当比暴力更为严格，因此，其内容只能是包括实施暴力。对于前面所列举的强奸罪的胁迫内容有相当一部分是应当排除在抢劫罪的胁迫之外的。这是构成抢劫罪的胁迫的首要特征。

作为抢劫罪的胁迫行为，除了要求胁迫内容的暴力性外，还要求胁迫行为实施的当场性以及胁迫内容付诸实施的当场性。[④] 对于后面两个特征，理论上的意见比较一致，兹不赘述。准确把握胁迫行为的这三大特征，是我们衡量一种精神强制能否构成抢劫罪的胁迫方法的关键和标准。

（二）抢劫罪的胁迫方法与强拿硬要的精神强制的差异

在把握抢劫罪胁迫方法特征的基础上，需要深入回答与本案相关的一个重要

---

① 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学（下册）》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 697 页。

② 参见高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社 1982 年版，第 484 页。

③ 参见甘雨沛等编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社 1994 年版，第 640 页。

④ 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版，第 59—60 页。

问题是：抢劫罪的这种胁迫与强拿硬要行为的威胁究竟有无不同？

对此，答案应当是肯定的。我们可以结合抢劫罪胁迫的这三个特征来具体比较一下抢劫罪的胁迫方法与强拿硬要行为中的精神强制的差异：

1. 抢劫罪的胁迫方法要求内容的暴力性，即对抢劫罪胁迫方法的内容只能限定为以实施暴力相威胁，我国的司法实践也一贯是这样理解执行的。但对强拿硬要中的威胁内容则不能局限于此，其不仅包括以实施暴力相威胁，而且包括以实施某种非暴力相威胁，不论什么样的威胁内容，只要达到精神上的强制作用均可。因此，其威胁内容应当说是多种多样的。同时，抢劫罪胁迫方法中的暴力内容应与暴力行为本身的内涵外延作基本相同的理解，考虑到胁迫内容的特点与司法实践情况，胁迫的暴力内容一般是殴打、伤害、杀害被害人的强力打击，至于轻微强制人身的暴力如把被害人抱住、按住甚至禁闭等，一般不易作为胁迫的内容并以此来非法占有财物；而在强拿硬要的威胁中，威胁的暴力内容并无这方面的要求，哪怕是轻微的强制人身的暴力，也可能构成寻衅滋事罪中强拿硬要方式的精神强制。

2. 抢劫罪中的胁迫要求行为实施的当场性，即必须是面对被害人直接发出的。如果胁迫不是当场面对被害人实施的，而是借助给被害人写信、让第三人向被害人转达等方式间接实施的，就属于敲诈勒索罪的手段行为，而不能构成抢劫罪。在强拿硬要行为中，其威胁尽管往往也是当着被害人的面直接发出，但也不排除某些情况下以某种间接方式表达。

3. 在实现胁迫的时间上，抢劫罪的胁迫内容要求付诸实施的当场性，具有立即兑现的性质，也就是说行为人以如不答应其非法占有财物的要求就要当场实施某种暴力相威胁，若真的实施某种暴力，从这种胁迫发出到付诸实施胁迫内容之间往往没有时间的间隔；但寻衅滋事罪中的强拿硬要行为的威胁则不同，它并不要求这种立即兑现性，从威胁发出到付诸实施威胁内容的时间往往是随意的：如果行为人不认识当事人则往往当场付诸实施，如果双方认识，行为人则有可能随心所欲的在任意时间实施。

由此可见，抢劫罪的胁迫方法有其特定内涵与特征，与强拿硬要的精神强制是有差异的，除了上述三点区别，这种差异还表现在二者量的要求不同上：抢劫罪相对于寻衅滋事罪是一种重罪，故而其实施的胁迫行为应当有一定的程度要求。在我国现行刑法中，多数的犯罪是以数额或情节作为犯罪构成的依据，但是对于少数特殊的刑事犯罪行为则没有加以规定，如抢劫罪，就不存在数额和情节的标准，但这并不等于抢劫罪刑事标准化的缺失。对于抢劫罪而言，其要求必须是以非法占有为目的，采取暴力、胁迫或其他方法，使用被害人无法反抗、不能

反抗的方式强行劫取财物。正如有的学者所指出的，作为刑法中的重罪，抢劫罪的构成要件应当是明显的：其使用暴力、胁迫以及其他方法对被害人所造成的精神强制以及身体强制应当是明显的。在被害人受到的精神强制或身体强制不够明显的情况下，不应认定为抢劫罪。[①] 相比之下，在强拿硬要方式的寻衅滋事罪中，强拿硬要行为尽管也有一定的强制性，但这种精神上的强制远不如抢劫行为中的强制明显。当然，这里使用“明显”一词或许是模糊的。那就让我们进一步分析一下这两种不同犯罪行为下，被害人因受到来自外界的威胁而造成精神强制的程度要求。

对于这一问题，有的观点认为，抢劫罪造成被害人精神强制的程度，必须是来自外界的胁迫使被害人达到不能反抗、不能抗拒的地步。也有人对这种观点提出了质疑，因为一样的胁迫，对不同对象会产生不同的作用，能否抗拒，没有统一的标准。应当说，这种质疑还是很有道理的，司法机关的确不能用统一的标准去衡量每个不同的受害人受精神强制的程度。但另一方面，在掌握威胁的程度时，又不能一味受被害人主观意志的左右，应当根据被害人的年龄、性别、体态、场所等情况进行综合的分析判断。

因此，笔者认为可以采用以主观标准为基础，以客观标准作参考这样一种立场。具体来说，能够使一般理智正常的行为人在正常条件下达到不能抗拒的程度，就能够推定构成了抢劫罪的胁迫；但判定能否使被害人产生了不能抗拒的效果，具有决定意义的标准，只能是被害人的自身情况以及行为时的具体客观环境和条件。无论如何，就抢劫罪来看，这种精神上的强制应当达到“足以使之不能反抗、不能抗拒”的地步。而在寻衅滋事罪中的强拿硬要却远未到此种程度，根据被害人的自身情况以及行为当时的具体环境、条件分析，如果行为人的强拿硬要使被害人产生了一种不能反抗、不能抗拒的心理，那么，从程度上看，这种行为已经超出了寻衅滋事罪的构成要求，而在客观上充足了抢劫罪的构成要件。当然，是否就构成抢劫罪，还应当结合其它构成要件作具体分析。

综上所述，抢劫罪的胁迫要求是较为严格的，它不同于强拿硬要的精神强制，这是我们应当明确的。那么，具体到该案，被告人张月新的前述行为能否被认定为是抢劫罪的胁迫行为呢?

（三）张月新的行为能否认定为抢劫罪的胁迫行为

从案件中我们可以看出，被告人张月新实施的精神强制实际上有两个部分构成：一部分是其谎称自己身患“非典”进行的威胁，这种威胁可以说是贯穿被告

---

① 参见汤晓尉：《寻衅滋事在司法使用中的若干疑难问题》，载《法律适用》2002 年第 4 期。

的整个行为过程；另一部分就是其拿削菠萝的刀朝被害人进行了一次比划所造成的威胁。那么，这两部分精神强制都能够认定为是抢劫罪的胁迫行为吗？下面，我们将结合上述抢劫罪的胁迫与强拿硬要的精神强制的差异作逐一分析：

1. 如前所述，公诉机关认为被告人张月新以身患“非典”相要挟，胁迫被害人造成被害人的财物损失，符合抢劫罪的构成，应认定为抢劫罪。[①] 言外之意，被告人张月新谎称身患“非典”的行为，足以给被害人造成巨大威胁、使之产生巨大心理恐惧，应当认定为抢劫罪的胁迫。对此，笔者不敢苟同，而认为被告张月新谎称自己身患“非典”的行为在性质根本不同于抢劫罪的胁迫行为，关键在于前者不具备胁迫内容的暴力性。

这里要着重指出的是被告人张月新并非真的患有“非典”，而只是谎称自身患有“非典”。按照检察机关的理解，即使是行为人谎称身患“非典”，与真的身患“非典”所造成的威胁几乎没有什么区别，因此也可以认定为胁迫。笔者认为这样的理解是不妥当的。这是因为：被告人张月新谎称患“非典”而进行威胁，虽然可能和真的身患“非典”一样可以对被害人起到精神强制的作用，但对于被告人张月新本人来说，他是明知自己的行为对被害人所可能造成的现实危害结果的。因为谎称“非典”毕竟在事实上不可能直接损害他人的身体和生命健康，最多只能是造成精神上的伤害。而且，不容置疑的是，谎称身患“非典”威胁的社会危害性比真的身患“非典”进行威胁的社会危害性要小得多。因此，谎称身患“非典”进行威胁不能认定为抢劫罪的胁迫行为。

退一步讲，就算犯罪人张月新真的身患“非典”，并以此对被害人进行威胁的话，也不宜认定为是抢劫罪的胁迫行为。因为尽管在当时那个时期人们谈“非”色变，但“非典”在本质仍是一种传染病，并不具有暴力的性质。其的确能够起到一种精神强制的作用，但这恰恰符合强拿硬要的精神强制的要求。

从量上来分析，抢劫罪的胁迫要求其精神上的强制应当达到“足以使之不能反抗、不能抗拒”的地步，而寻衅滋事罪中强拿硬要的威胁却远未达到此种程度。结合本案，正如审理此案的审判长朱军所指出的，尽管被告人张月新客观上实施了以传染“非典”、持刀威胁等胁迫手段占有他人食品的行为，但从其先后支付假币搪塞事主，在取得食品后并不脱离现场，事主始终未放弃向其索要钱款等客观情况看，亦说明其使用的威胁方法，尚达不到抢劫罪所要求的对他人人身安全造成现实威胁的程度，而仅仅是其强拿硬要的一种手段。因此对其行为不应

---

① 参见魏明浩：《中央电视台现场直播我院公诉的全国首例利用“非典”疫情实施犯罪案件》，载《北京市海淀区人民检察院》2003年5月23日，http：//www.haijian.gov.cn/dispnews.asp？id=255。

认定为抢劫罪。[①] 这样理解应当说是很有道理的。

2. 被告人张月新第二部分的精神强制行为即用削菠萝的刀朝被害人比划。笔者认为，其也不可以认定为抢劫罪的胁迫。因为在本案中，尽管被告人张月新实施了用刀比划的行为，但其并未达到抢劫罪中胁迫所要求的暴力程度，并未对被害人的人身安全形成现实的威胁。之所以让受害人产生心理恐惧即起到精神强制作用的行为仍在于其宣称自己患“非典”，而非拿刀比划的行为。在张月新第二次强行上食品车拿走熟食，受害人仍向其索要熟食钱可以看出，行为人的拿刀恐吓并未达到抢劫罪的精神强制作用，否则，受害人躲都来不及，不可能再敢要钱。而这一次其是靠称自己患“非典”才使被害人无可奈何。甚至直到民警的到来，其仍称自己患“非典”，以此抗拒民警的抓捕。可以说，谎称身患“非典”这一点在整个案件中贯穿始终，因此，不能仅仅因为行为人有拿刀的比划举动就一概认定为抢劫罪的胁迫行为，还要结合整个案件加以具体分析。

由此可见，被告人张月新的整个行为过程中尽管有精神强制的行为，但这种精神强制并不符合抢劫罪的胁迫要求，其恰恰是强拿硬要行为中的威胁的题中应有之义，因此其行为不能认定为是抢劫罪。

七、强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的具体区分

（一）相关学说概览

笔者查阅了这方面的大量资料，其中包括了 1997 年《刑法》修订前学者们关于流氓罪[②]的一些论著。从中笔者发现，大多数著述在论及这两种犯罪行为的区别时写得都比较简要。归纳其中主要的观点，大致可以分为以下三种：

一种观点可以称为主观说，它基本立足于行为人的主观方面特征，试图从主观角度揭示强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的界限。代表性的观点即认为：“本罪与抢劫罪区分的关键在于主观上是否具有流氓动机，后者仅是单纯的抢劫

---

① 参见李术峰、田雨：《北京非典犯罪第一案 2 年徒刑判决是如何作出的》，载《人民网》2003 年 5 月 22 日，http：//news. xinhuanet. com/legal/2003—05/22/content _ 881124. htm。

② 这当然是必要的，因为寻衅滋事罪正是来源于流氓罪的。众所周知，1979 年《刑法》第 160 条规定了流氓罪：“聚众斗殴，寻衅滋事，侮辱妇女或者进行其他流氓活动，破坏公共秩序，情节严重恶劣的，处七年以下有期徒刑、拘役或者管制”，但这一规定过于笼统、抽象，不能明确表达各类犯罪行为。1997 年《刑法》对之进行了分解，具体规定为四种犯罪：一是强制猥亵、侮辱妇女罪；二是聚众淫乱罪；三是聚众斗殴罪；四是寻衅滋事罪。新刑法第 293 条规定的寻衅滋事罪即由此而来。作为原流氓罪之一的寻衅滋事罪必然集中体现了流氓罪的各种主客观特征，因此，探讨寻衅滋事罪，也应当关注关于流氓罪的一些著述。本文中所引用的关于流氓罪的内容即缘此而来，特此说明，后文兹不赘述。

财物的故意，并无流氓动机。”[1]

另一种观点则恰恰相反，它可以称为客观说，其基本的立足点在于两种不同犯罪行为的客观方面特征，从而试图从客观的角度来界定这二者的差异。代表性观点即认为：“本罪与抢劫罪的界限主要是：第一，暴力的程度不同。本罪所使用的暴力程度较一般抢劫罪轻；第二，发生的场合不同。本罪往往是在大庭广众之下，以强凌弱，占便宜或耍威风，不顾忌被害人、群众知悉或告发，也不在意财物的价值；而后者则以非法占有财物为目的，洗劫被害人有价值的或所有的财物，并且尽量避免被害人辨认或者他人知悉。”[2]

还有一种观点可以说是前面两种观点的统一，可以把它称之为折衷说。这种观点的最大特点就是既立足于行为人的主观特征，又立足于行为的客观特征，试图从主客观两方面来把握这两种犯罪行为的界限。如有的学者认为：这两种犯罪行为的区别主要是：

1. 犯罪目的不同，实施流氓罪（可以涵盖强拿硬要方式的寻衅滋事罪，前面注释已有说明，下文同——笔者注。），行为人的动机比较复杂，不是以取得财物为主要目标，也不是为了侵犯某一特定的个人，而是在无耻下流心理支配下，企图通过各种流氓活动来达到寻欢作乐或满足某种卑鄙欲望的目的；而抢劫罪也可能有不同的动机，但目的只有一个，即将公私财物据为己有。

2. 行为手段不同，实施流氓罪，行为人侵害财物的行为是在其流氓行为实施过程中逐渐发生的，有时是顺手牵羊，侵害的可能使被害人的部分财物，一般数额不大；而抢劫罪，用突然袭击方式，或者用暴力胁迫或威胁等方法，在较短时间内将被害人的特定财物特别是现金及其贵重物品抢走，一般情况下尽可能将财物洗劫一空。

3. 作案时间地点不同，流氓作案时间常发生在光天化日之下，甚至众目睽睽之下。在地点上常发生在闹市及其他公共场所；而抢劫罪在时间上常发生在深夜或很少有人活动的白天，在地点上常发生在较隐蔽或不易被人发现的场所。[3]

再如还有的学者认为：二者的区别在于前者往往是在大庭广众之下，以强凌弱、占便宜或耍威风，不顾忌被害人、群众的知悉或告发，也不在意财物的价值；而后者则是以非法占有财物为目的，洗劫被害人有价值或者所有的财物，并且尽量避免被害人或者他人知悉。[4]

---

① 参见谢望原主编：《刑法学》，北京大学出版社 2003 年版，第 753 页。

② 参见孙国祥主编：《刑法学》，科学出版社 2002 年版，第 551 页。

③ 参见陈兴实：《怎样区分相似易混罪》，中国检察出版社 1996 年版，第 201—202 页。

④ 参见余剑主编：《妨害社会管理秩序罪》，法律出版社 2000 年版，第 120 页。

由此可见，理论上对于强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的区分还是存在一定分歧的。那么，如何看待和评价这几种观点呢？

（二）学说评析

比较上述几种观点，究竟哪一种更为科学、可取，更能反映实际需要，更能真正有助于解决司法实践中所遇到的具体问题呢？下面我们进行一下简要地分析：

先来看第一种观点即主观说。此种观点的最大特点在于指出了行为人的主观特征即流氓这一犯罪动机在区分这两种不同犯罪行为中的重要作用，这无疑是正确的，也是这种观点的最大可取之处。在某种程度上可以说是抓住了强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪主观特征上的本质区别。但遗憾的是论者并未进一步分析其主观故意的巨大区别，而仅仅停留在了犯罪动机的层面。

我们知道，所谓犯罪动机，是指刺激行为人实施犯罪行为以达到犯罪目的的内心冲动或内心起因。它与犯罪目的有着密切关系：二者都是行为人实施犯罪行为过程中存在的主观心理活动；犯罪目的以犯罪动机为前提，源于犯罪动机，犯罪动机促使犯罪目的的形成。但另一方面，这二者又是相互区别，不容混淆的：犯罪动机表明行为人为什么要犯罪的内心起因，比较抽象，是更为内在的发动犯罪的力量，犯罪目的则是实施犯罪行为所追求的客观犯罪结果在主观上的反映，比较具体，已经指向外在的具体犯罪对象和客体；同种犯罪的犯罪目的相同，而且除复杂客体情形外，一般是一罪一个犯罪目的；同种犯罪的动机则往往因人、因具体情况而异，一罪可能有不同的犯罪动机；一种犯罪动机可以导致几个或者不同的犯罪目的，一种犯罪目的也可以同时为多种犯罪动机所推动；犯罪动机与犯罪目的在一些情况下所反映的需要并不一致；一般地说，犯罪目的的作用偏重于影响定罪，犯罪动机的作用偏重于影响量刑。①

由此可见，犯罪动机与犯罪目的尽管关系密切，但也存在巨大差别。具体到强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的区分，流氓动机的确是一个关键，但同时也要看到，在这样一种犯罪动机推动下，完全可以形成不同的犯罪目的，并不是说有流氓动机就必定有流氓的犯罪目的。事实上，能够作为犯罪构成要件并可以具体把握的影响定罪的应当是行为人的犯罪目的，当然，该犯罪目的同样是由犯罪动机推动产生的。进而言之，即使在流氓动机的推动下，也可能形成非法占有他人财物的抢劫罪的主观目的，在这种情况下，笔者认为，对其应定抢劫罪而非寻衅滋事罪为妥。由此可见，单纯的流氓动机还不能将这两种犯罪行为完全区分

① 参见高铭暄主编：《刑法专论（上）》，高等教育出版社 2002 年版，第 255 页。

开，只有犯罪动机提升到流氓的犯罪目的，我们才能在主观上将这两种犯罪行为准确区分，关于这一点，后文将作进一步阐述。

再来分析一下第二种观点即客观说。此种观点的最大特点就在于认识到了行为人的客观特征在区分这两种不同犯罪行为中的重要作用，具有合理性。但这还是很不够的：论者所说的暴力程度、发生场合等的不同还不足以完全界定强拿硬要行为究竟构成抢劫罪还是寻衅滋事罪。因为这一观点完全不考虑行为人的主观方面在区分强拿硬要行为是寻衅滋事罪还是抢劫罪这一问题上的重大作用，显然是有所不妥的，事实上，单纯从客观方面是很难说清这两种犯罪行为的界限的，二者在客观上似乎表现出的更多的是相似之点。如果单纯再试图从这个角度划清二者的界限，这无异于是“只缘身在此山中”，而真的“不识庐山真面目”，从而也不能在这一问题上有大的进展。由此可见，客观说也是存在值得怀疑之处的。

最后我们来分析一下折衷说的观点，相比之下，这种观点较前两种观点更为全面，从主客观两个方面区分强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的出发点是正确的，也是这种观点的可取之处。但同时不容否认的是，其同时也具备了上述两种观点的某些不足；而且，论者在这一问题上的论述并非深入，还不够十分完整、系统。当然，这一思路还是应当为我们所借鉴。

可见，这几种学说尽管都有科学可取之处，但又都不同程度的存在某种不足。那么，究竟如何全面、科学地认识这两种犯罪行为的不同呢？下面我们将作具体的阐述。

（三）强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的具体差异

1. 二者的本质区分。我们首先应当从本质上认识和把握强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的界限，只有这样，我们才能从宏观上把握这种区分，才不至于偏离正确方向，否则，我们后面的具体区分就会成为无源之水、无本之木。

而且，也正是本质上的差异，才不仅决定了我们区分这两种犯罪行为的必要，而且也为将二者区分开来提供了可能。同时，只有首先认清这两类犯罪行为的本质区别，才能进一步把握其他方面的不同，因为说到底，其他方面的差异只不过是其本质区别的说明和具体化。那么，这两类犯罪行为的本质究竟是什么呢？

我们先来看抢劫罪的本质，这一点在理论上的直接探讨相对较少，但我们可以从不同论著的关于抢劫罪的定义中窥见一斑，因为科学的概念首先要求能够揭示事物的本质。按照有的学者的研究，从我国理论界现有的对抢劫罪的定义来看，总体上大同小异，但是具体而言，仍然可以分为客观主义定义法和主观主义

定义法两大类。[1] 前者主要是从犯罪的客观特征方面定义抢劫罪。如代表性的观点即认为：“抢劫罪又称强盗罪，就是指以暴力、威胁或者其他使人不能抗拒的方法，非法公开地将公私财物抢归自己所有的行为。”[2] 后者却从抢劫罪的主观目的和客观特征两个方面来定义抢劫罪，目前在我国刑法理论上，这种定义方法最多，也很具有代表性。如有学者认为：“抢劫罪，是指以非法占有为目的，用对公私财物的所有人、保管人或其他在场的人当场实施暴力，以当场实施暴力相威胁或者采取其他当场侵犯人身的方法，迫使被害人当场交出财物或者当场夺走其财物的行为。”[3]

与之对应，理论上关于抢劫罪的本质认识也有两种：一种是认为抢劫罪的本质在于以暴力、威胁或者其他使人不能抗拒的方法，当场夺取或迫使他人当场交付公私财物的行为；另一种观点则认为抢劫罪的本质在于以非法占有他人财物为目的，以暴力、威胁或者其他使人不能抗拒的方法，当场夺取或迫使他人当场交付公私财物的行为。前者单纯从客观上把握抢劫罪的本质，后者则从主客观结合的角度来确定抢劫罪的本质，相比之下，后者就避免了前者容易造成的客观归罪的缺陷，具有更大的合理性，因此，笔者也赞同这种观点。

下面再来看一看寻衅滋事罪的本质。这一问题在理论界同样存在不同的意见和主张。如有的学者认为，其本质特征是对公共秩序的破坏，甚至说确定是否属于寻衅滋事罪，唯一的标准就是看它是否破坏公共秩序。也有的学者认为，寻衅滋事罪的本质特征是它的主观方面，犯罪分子主观上为了寻求下流无耻的精神刺激，决定着寻衅滋事罪的性质，是区别寻衅滋事罪与其他犯罪的根本标志。还有的学者认为，寻衅滋事罪的本质特征是其主观上的藐视国家法纪和社会公德与客观上的破坏社会风尚，单纯用某方面特征，均不能划清寻衅滋事罪罪与非罪、寻衅滋事罪与其他犯罪的界限。[4] 那么，如何看待这几种观点呢？

（1）单纯用是否破坏公共秩序来决定是否属于寻衅滋事罪的做法，显然是过于武断而不妥当的。因为，破坏公共秩序并非寻衅滋事罪所特有的，例如 1997 年《刑法》中规定的聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪也是要破坏公共秩序的。可见，单纯从客体的角度实际上就难以将寻衅滋事罪与这些相近犯罪区分开来。

（2）片面强调寻求下流无耻的精神刺激的流氓动机，并将之作为寻衅滋事罪

---

① 参见张国轩：《抢劫罪的定罪与量刑》，人民法院出版社 2001 年版，第 68 页。

② 参见李光灿主编：《中华人民共和国刑法论（下册）》，吉林人民出版社 1984 年版，第 527 页。

③ 参见赵秉志：《侵犯财产罪》，中国人民公安大学出版社 1999 年版，第 47 页。

④ 参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 560 页。

本质的做法，也是不妥当的。固然，在一些情况下，根据出于流氓动机，还是出于贪财、嫉妒、抱负、泄愤等动机，可以分清寻衅滋事罪与其他一些犯罪的界限。如为了寻欢目的而强拿硬要财物，情节严重的，往往构成寻衅滋事罪，出于贪财而强拿硬要财物，则要构成抢劫罪。但是，如果忽略了寻衅滋事罪的客观性质，只是看是否出于流氓动机，有时难免混淆寻衅滋事罪与其他犯罪的界限。如行为人为了在哥们面前显示“英雄”，以杀人取乐，这就是典型的流氓动机。但是，能因此就定寻衅滋事罪而不定故意杀人罪吗？显然不能，因为，这种行为不属于一般破坏公共秩序的行为，而是严重侵犯人身权利的罪行。

（3）笔者赞同从主客观两方面来界定寻衅滋事罪的本质特征。一方面，不能否定犯罪的客观特征对于区分寻衅滋事罪与他罪的意义，如行为所侵犯的客体，无疑是决定行为社会危害性的首要要素；另一方面，流氓动机等主观特征也是我们在把握寻衅滋事罪时不可忽视的重要方面。总之，寻衅滋事罪的本质特征，正如有学者所说的，应当从主观与客观相结合上，来把握寻衅滋事罪的本质特征，而不应把二者割裂开来，这样才能分清寻衅滋事罪与非寻衅滋事罪的界限。因此，其本质就是公然藐视国家法纪和社会公德，故意用寻衅滋事这一破坏公共秩序的流氓活动，来寻求精神刺激，填补精神上的空虚。[①]

通过分析强拿硬要的寻衅滋事罪与抢劫罪的本质，可以发现，这两种行为在主观和客观上都存在本质的差别，这就使我们能够从根本上将二者区分开来。但仅仅认识到这个程度，还是不够完整的，或者说还是比较抽象、不具体的。因此，我们应当在把握二者实质的基础上，进一步从不同方面和角度揭示其间的具体差异，只有这样，我们才能在此问题上有深入、全面地认识和把握。当然，这些具体差异最终离不开对这两种不同犯罪行为本质的界定，说到底，它们也都要受二者的本质所决定和制约，都是对本质的一种反映和说明。

2. 二者的其他具体差异。如果说质的不同能够帮助我们从原则上把强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪加以区分开来，那么这些方面的不同则是要具体解决这两种犯罪行为区分的标准问题，是为司法实践提供一种更为可操作化的工具。因此，它们同样也是十分重要的。关于这个问题，笔者经过归纳分析，认为主要可以从以下几方面来认识和把握：

（1）犯罪客体不同。犯罪客体，就是指我国刑法所保护的，而为犯罪行为所侵害的社会关系。犯罪客体告诉我们，任何犯罪都侵犯了刑法所保护的社会关系。各种犯罪也正是由于所侵害的社会关系的种类不同，才决定了犯罪性质的不

① 参见王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 676 页、678 页。

同，从而使此罪与彼罪得以区别。[①] 由此可见，把握犯罪客体有助于正确认识和确定犯罪性质，分清此罪与彼罪的界限。具体到这两种犯罪行为的区分，犯罪客体也应当是其中所要考虑的一个重要内容。

关于抢劫罪的犯罪客体，理论上的见解比较一致，即表现为复杂客体：既包括公私财产权利，又包括公民人身权利。这一点应当说是明确的。

关于寻衅滋事罪的犯罪客体，学者们一致认为是社会秩序，但如何具体理解社会秩序，则存在很大分歧。主要有以下几种观点：一是认为社会秩序就是公共场所秩序；二是认为社会秩序就是公共秩序，即根据法律和社会公德确立的公共生活规则所维持的社会正常秩序，包括公共场所秩序和非公共场所秩序；三是认为社会秩序就是指一切社会生活秩序。[②]

第一种观点显然没有法律依据，特别是有些寻衅滋事案件并非发生于公共场所，若因此否认其可以构成寻衅滋事罪，必然会放纵大批犯罪分子；而第三种观点对社会秩序的理解又过于宽泛，不符合我国刑法的立法精神，所有的犯罪都可以说是对社会生活秩序的破坏，若将社会秩序扩大为一切社会生活秩序，那所有这样的行为都可能构成寻衅滋事罪，无疑会使其演化成为无所不包的“大口袋”，容易混淆罪与非罪的界限，而且会把许多原本不是犯罪的行为当成是寻衅滋事罪；相比之下，第二种观点更能准确反映本罪的客体特征，而且也符合新刑法将这节犯罪规定为扰乱公共秩序罪的立法初衷。因此，这一主张得到了绝大多数学者的支持，遂成为学界的通行观点。

当然，近年来也有学者对此提出了质疑。论者认为，说寻衅滋事罪的犯罪客体是公共秩序就如同说猴子是动物一样绝对没有错误，但这对于理论研究和实际操作并无多大意义。其主张只有对公共秩序的内涵作深刻的剖析，才能揭示出寻衅滋事罪的直接客体。在论者看来，公共生活规则包含：①旨在保护人特别是老幼妇弱的安全和尊严的安全规则；②用以调节公共秩序的纪律规则；③旨在维护日常生活中正常人际关系和风尚习俗的交往规则。而对公共秩序的破坏实质上就是对公共规则的违犯。在寻衅滋事罪中，行为人主观上公然藐视国家法纪和社会公德，犯罪动机是寻求下流无耻的精神刺激，以填补精神空虚，其犯罪行为一般侵犯的并不是特定的人身、人格或公私财产，而是向整个社会挑战，蔑视社会主义道德和法制，直接违反的是公

① 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》（上册），中国人民大学出版社 1998 年版，第 97 页。

② 参见赵秉志主编：《疑难刑事问题司法对策（第七集）》，吉林人民出版社 1999 年版，第 351—352 页。

共生活规则中的交往规则，是对社会良好风尚的挑衅。由此可见，寻衅滋事罪所侵犯的直接客体是社会公共秩序中的社会风尚。[①]

笔者认为，这种质疑有一定的合理性，有助于对寻衅滋事罪的犯罪客体的深入研究。但同时认为这与把寻衅滋事罪的犯罪客体界定为公共秩序的观点并不矛盾。公共秩序无疑是寻衅滋事罪侵犯的客体，只不过它是扰乱公共秩序罪这一节犯罪的同类客体；而社会公共秩序中的社会风尚只不过是寻衅滋事罪的直接客体。对寻衅滋事罪的犯罪客体可以从这两个层次来认识：在一般情况下，只要认识到寻衅滋事罪的同类客体就够了，因为公共秩序这一犯罪客体足以将寻衅滋事罪与抢劫罪等犯罪区分开来；但在寻衅滋事罪与本节规定的其他犯罪相区别时，则应具体分析各罪的直接客体，因为单纯的同类客体显然是无法进行这种区分的。可见，认为寻衅滋事罪的犯罪客体是社会公共秩序应当说也是妥当的。

在分析了寻衅滋事罪的犯罪客体后，将之与抢劫罪的犯罪客体相比较，二者的区别是显而易见的：前者侵犯的是单一客体即公共秩序，后者侵犯的是复杂客体即公私财产权利与公民人身权利。由此所决定，前者属于妨害社会管理秩序罪的范畴，而后者则归于侵犯财产罪中；而且，侵犯什么样的客体，是决定行为社会危害性的首要因素，因此犯罪客体的不同又决定了前者的社会危害性程度明显要轻于后者。

（2）犯罪客观方面表现不同。犯罪的客观方面是用来说明行为对刑法所保护的社会关系造成侵害的客观外在事实特征，是构成犯罪所必须具备的要件。它在犯罪构成的四个共同要件中处于核心地位，是犯罪其他要件所依附的本体。因此，要想准确区分强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪，离不开对犯罪客观方面特征的理解和把握。

从犯罪客观方面来看，抢劫罪表现为：对财物的所有人、保管人或者其他在场人当场实施暴力、以当场实施暴力相胁迫或者采用其他当场侵犯人身的方法，迫使被害人当场交出财物或者当场夺走财物的行为。[②] 而强拿硬要方式的寻衅滋事罪的犯罪客观方面则表现为：强拿硬要公私财物，情节严重的行为，主要是指以蛮不讲理的手段，强行索要市场、商店的商品以及他人的财物。[③]

关于这两种犯罪行为的客观方面的区别，关键是如何理解和把握这里的“强拿硬要”行为，更具体地说就是这里的“强拿硬要”行为是否包括可以使用暴

① 参见李希慧主编：《妨害社会管理秩序罪新论》，武汉大学出版社 2001 年版，第 159 页。

② 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版，第 55 页。

③ 参见孙国祥主编：《刑法学》，科学出版社 2002 年版，第 551 页。

力、胁迫的手段。这在理论上是有分歧的：有的学者对此持否定态度，认为：“如果‘强硬’中包括暴力、威胁成分危及他人人身安全的，则有抢劫罪的存在。所以，构成本罪的‘强硬’行为不应包括暴力、威胁的内容。”[①] 大多数学者对此持肯定的态度，认为：“强拿硬要”行为的含义中并不排除使用暴力、威胁手段劫取、索取他人财物的情况；而且在司法实践中，行为人强拿硬要他人财物的案件，也常常伴随有一定的暴力或语言威胁手段。[②]

笔者也赞同肯定说的观点，一方面，如本文前面所指出的，从语义上分析，“强拿”是指行为人用一种强制他人的力量使他人不能反抗从而夺取财物的行为。对财物的获取来讲，这里主要是行为人采取了主动行为，其中就有某种暴力行为；而“硬要”亦是指行为人对他人施以某种压力，使他人在被逼无奈的情况下交出自己的财物。对财物的获取来讲，表面上是被害人自己主动将财物交给了行为人，其实，被害人是在行为人的威胁之下，被迫交付财物的。可见，“强拿硬要”本身就含有一种强制性力量的意思。

另一方面，从立法上来看，刑法关于寻衅滋事罪的规定并未排除可以使用暴力、胁迫的情况。而且司法实践中所发生的不少寻衅滋事罪的案件都证明了这一点。

更为重要的是，如果否认寻衅滋事罪中的强拿硬要行为包含暴力、胁迫手段，必将使这一规定形同虚设，从而将只要具有暴力、胁迫的强拿硬要行为统统按抢劫罪处理，无疑不利于保护被告人的权利，显然也是有违立法精神的。因此，这里的强拿硬要行为理应包含有暴力、胁迫的成分。但是需要注意的是，这里的暴力、胁迫不同于抢劫罪的暴力、胁迫，关于胁迫问题前面已经作了深入区分，暴力事实上也是存在类似差异的，兹不赘述。

进一步分析犯罪的客观方面，寻衅滋事罪中的强拿硬要行为和抢劫罪的抢劫行为在外在形式上也具有各自不同的表现形态，这些表现形态尽管不能总是成为区分二者的标准，但却是使我们可以从形式上认识其差异，也为我们的深入分析提供了更为广阔的视角。具体来说，我们可以从以下几点加以认识和把握：①从犯罪地点上看，寻衅滋事罪中的强拿硬要行为常常发生在公共场所，大庭广众之下，而抢劫罪在绝大多数情况下都发生在偏街静巷、田间地头、人稀车少的地方。②从犯罪时间上看，寻衅滋事罪不论白天还是晚上都有可能发生，但有相当

① 参见张影：《寻衅滋事罪几个问题探究》，载《杭州商学院学报》2002年第5期。

② 参见冯英菊：《寻衅滋事罪实务问题研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第1卷），法律出版社1999年版，第304页。

多的案件是发生在白天，而抢劫罪则多发生于夜间，尤其是深夜。③从行为人实施犯罪的行为方式上看，寻衅滋事罪多数是临时起意、结伙公开进行；抢东西时很少直接使用暴力，而多是以暴力相威胁，在众目睽睽之下放刁撒野。抢劫罪的行为方式则恰恰相反，行为人在绝大多数情况下都是预谋犯罪，对如何实施犯罪都有过一定的策划，有时甚至还制定有详细周密的实施计划；在实施过程中，多数都是直接实施暴力行为，尽可能快的劫取财物；一旦被群众发现或阻止，往往夺路而逃；虽然也有在众目睽睽之下公开抢劫的情况，但一般都是事先经过精心策划，事后及时逃离现场。④从行为人与被害人的关系上看，寻衅滋事罪中双方互相认识甚至很熟悉的情况很多。而抢劫罪多发生在与陌生人之间。⑤从犯罪行为所侵害的对象来看，强拿硬要的寻衅滋事罪的侵害对象是不确定的，具有“群众化”的特点；而在抢劫罪中，行为人所针对的侵害对象却往往是确定的，具有特定化的特点。⑥从犯罪所获财物的数额上看，由于抢劫罪中，获取财物是行为人唯一的目标，只要有可能抢到更多的财物，一般都不以抢到较少的财物为满足，而在寻衅滋事罪中往往只是取得少量财物，即使可以取得更多财物，行为人也不会去实施。⑦从行为人取财的时间上看，抢劫罪都是当场取财，不存在事后取财的情况，这是由抢劫罪的特征所决定的，而强拿硬要方式的寻衅滋事罪中，既有当时取财的情况，也有事后取财的情况，不可一概而论。

可见，这两种犯罪行为在客观表现上还是有诸多差异的。

（3）犯罪主观方面不同。犯罪的主观方面，是指犯罪主体对自己实施的危害行为及其危害社会的结果所抱的心理态度。它包括罪过（即犯罪的故意和犯罪的过失）以及犯罪的目的和动机这几种因素。[①] 抢劫罪与强拿硬要方式的寻衅滋事罪在犯罪的主观方面上也存在巨大差别。下面，我们结合这几种不同因素对此作一简要剖析。①来分析一下犯罪动机。犯罪动机不是犯罪构成所必备的主观要件，而且一般只影响定罪不影响量刑，但这并不意味着犯罪动机的研究并不重要。事实上，在某些特定犯罪的罪与罪的区分中，犯罪动机扮演着十分重要的角色，其中寻衅滋事罪的犯罪动机较之于其他犯罪，就具有自身的鲜明特色，从而成为区别于其他犯罪行为的一个重要标志。按照一般的理解，寻衅滋事罪的犯罪动机是多种多样的，主要是为了寻求精神刺激，发泄不满情绪，报复社会，公然藐视法律，扰乱社会公共秩序。[②] 一言以蔽之，就是人们常常所说的“流氓动机”。而就抢劫罪的犯罪动机来看，其表现也是多种多样的，主要是为了贪图钱

① 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学（上册）》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 166 页。

② 参见李三宝等主编：《罪名适用新解》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 608 页。

财等。但无论如何，抢劫罪的犯罪动机一般不会表现为流氓动机，正是在这一点上，使之明显有别于寻衅滋事罪。②再来看一看犯罪目的。犯罪目的是犯罪人希望通过实施犯罪行为来达到某种危害社会结果的心理态度，也是危害结果在犯罪人主观上的表现。其突出的作用在于影响故意犯罪的定罪问题，因此，比较这两种犯罪行为的犯罪目的有助于理解二者的区分。抢劫罪的犯罪目的，准确的表述，就是以非法侵犯人身的方法强行占有他人财物为目的，也可以简述为以非法强行占有他人财物为目的。[①] 从实践来看，这一犯罪目的的产生往往是行为人蓄谋已久的结果，其指向的具体对象应当说是比较确定的，即他人的财物。相比之下，强拿硬要方式的寻衅滋事罪的犯罪目的则具有突发性、随意性和不确定性。这是由其流氓动机所决定的。③我们再分析一下犯罪故意。从形式上看，抢劫罪的主观要件只能是直接故意，对此，理论上和司法实务界已经取得了一致认识；但寻衅滋事罪的故意形式却存在不同观点：大多数人认为，寻衅滋事罪的主观方面是直接故意，即明知自己的行为会发生破坏社会秩序的危害结果，并且希望这种结果的发生。[②] 也有人认为，寻衅滋事罪的主观方面包括直接故意和间接故意，即明知自己的行为会发生破坏社会秩序的危害结果，而希望或者放任这种结果的发生。[③]

笔者赞同大多数人的意见。因为在寻衅滋事罪中，行为人不仅明知自己的行为会破坏公共秩序，并且对这样的结果抱着积极追求的态度，希望通过破坏社会公共秩序来获得某种精神上的满足。这就决定了行为人的主观方面只能是直接故意；而且，按照刑法的一般理论，凡属直接故意犯罪，都是行为人基于某一特定犯罪目的实施的犯罪行为。实施寻衅滋事行为的行为人，总是具有一种满足要威风、寻求精神刺激或者其他不健康的心理需要的犯罪目的，这点连论者也持肯定的态度。[④] 既然如此，寻衅滋事罪的主观方面就只能表现为直接故意。因为正像有的学者所言，首先应当肯定的是寻衅滋事罪的行为人具有犯罪目的，既破坏公共秩序，向整个社会进行有意识的挑战。而犯罪目的只可能存在于直接故意犯罪中，间接故意的犯罪是不存在犯罪目的的，因此，寻衅滋事罪的主观方面只能是直接故意。[⑤]

---

① 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版，第 53 页。

② 参见赵秉志主编：《疑难刑事问题司法对策》（第七集），吉林人民出版社 1999 年版，第 357 页；另可参见张智辉：《我国刑法中的流氓罪》，群众出版社 1988 年版，第 17 页。

③ 参见陈兴良主编：《罪名指南》（下册），中国政法大学出版社 2000 年版，第 928 页。

④ 参见陈兴良主编：《罪名指南》（下册），中国政法大学出版社 2000 年版，第 930 页。

⑤ 参见李希慧主编：《妨害社会管理秩序罪新论》，武汉大学出版社 2001 年版，第 159 页。

通过分析，我们可以明确：无论是寻衅滋事罪还是抢劫罪的主观方面都只能表现为直接故意，这是二者在故意形式上表现出的共性，但从故意内容上看，二者又存在较大差别：

强拿硬要方式的寻衅滋事罪中，行为人当然具有寻衅滋事的故意，即行为人明知自己的行为是挑衅社会，蓄意生事，会造成危害公共秩序的结果而希望这种危害结果的发生；但行为人的主观故意内容并不仅限于此，既然是强拿硬要，就必然具有非法占有他人财物的故意内容在其中，只不过其在行为人的主观故意内容中处于从属性的地位，犯罪行为的矛头所向并不在于他人的财物，而在于向社会显示自己的威风；

而抢劫罪中，正如有的学者所指出的，行为人抢劫故意的主要内容就是非法占有他人的财物，可以说，非法占有公私财物就是抢劫罪的唯一的犯罪目的，他人的财物也是抢劫行为的唯一指向。① 从这一点上看，抢劫罪的故意内容不像强拿硬要的寻衅滋事罪的故意内容那样复杂。这是二者在犯罪故意内容上的差异。

（4）犯罪主体不同。应当肯定的是，无论是强拿硬要方式的寻衅滋事罪还是抢劫罪的犯罪主体都是一般主体，即凡达到法定责任年龄、具有责任能力的自然人均可以构成这两种犯罪。

但是抢劫罪在责任年龄上却不同于寻衅滋事罪，后者按照我国 1997 年《刑法》第 17 条第 1 款的规定，只有已满 16 周岁的人才可以构成。而按照本条第 2 款的规定，抢劫罪则从已满 14 周岁不满 16 周岁开始，就应当负刑事责任，即已满 14 周岁不满 16 周岁就可以构成抢劫罪的犯罪主体。这样规定，主要在于已满 14 周岁不满 16 周岁的人，在生理上和智力上都有了一定程度的发展，已经具备了一定的分辨大是大非和控制自己行为的能力，让他们对抢劫罪这样的严重危害社会治安的犯罪负刑事责任，是符合其身心发展的实际情况和犯罪与刑罚的基本原理的，也是有力打击和防范抢劫罪的需要。

因此，在案件中若发现行为人不满 16 周岁，即使有强拿硬要行为，也肯定不能构成寻衅滋事罪，是否构成抢劫罪，还应综合其他方面情况分析。

（5）二者构成犯罪的情节要求不同。抢劫罪由其严重的社会危害性所决定，基本构成在情节方面并无特别要求，只要行为人以非法占有为目的，以暴力或者以当场实施暴力相威胁，或者以其他使被害人不能反抗的方法，当场实施劫取公私财物就可以构成本罪，而不要求情节严重；若行为人具有了法定的情节，就会

① 参见冯英菊：《寻衅滋事罪实务问题研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第 1 卷），法律出版社 1999 年版，第 307 页。

构成本罪的情节加重犯。

而强拿硬要方式的寻衅滋事罪则不同，按照法律规定，必须是强拿硬要公私财物，情节严重的行为才能按照犯罪追究刑事责任；如果是情节轻微或者一般的强拿硬要行为尚不能构成犯罪。这是刑法上典型的情节犯。因此，如何认定情节严重就成为这种行为是否构成犯罪的关键。

值得注意的是，这里的“情节严重”在法律上并无明文规定，最高司法机关也尚无这方面的司法解释。倒是有些地方上的高级人民法院为指导本区域的司法审判工作，作出了一些解释性规定，但总体上看，这些规定也存在较大差异。这里试以浙江省和江苏省的情况为例：

浙江省人民检察院、浙江省高级人民法院、浙江省公安厅发布的《关于办理寻衅滋事案件适用法律若干问题的意见》中第 1 条就规定：一、有下列情形之一，破坏社会秩序的，属于刑法第二百九十三条中的“情节恶劣”或“情节严重”，应以寻衅滋事罪论处：……强拿硬要公私财物价值人民币 1 000 元以上、任意毁损公私财物 2 000 元以上或者任意占用公私财物 1 万元以上的。

而江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅发布的《关于办理聚众斗殴等几类犯罪案件适用法律若干问题的讨论纪要》（节录）中指出，强拿硬要或者任意毁损、占用公私财物，有下列情形之一的，属情节严重：（1）强拿硬要他人财物或者任意毁损、占用公私财物价值达 1 000 元左右的；（2）在城乡市场强拿硬要他人财物，扰乱正常经营秩序，引起公愤，造成恶劣影响的；（3）多次以恐吓、威胁、要挟手段“调解”或者受人雇佣插手民间纠纷，造成严重后果的；（4）主动或受他人雇佣，使用暴力或者多次以暴力等手段相威胁讨债的；（5）多次在营业场所消费，无正当理由拒不付款，情节恶劣的；（6）多次结伙多次强拿硬要他人财物或者多次任意毁损、占用公私财物的；（7）因任意毁损、占用公私财物，致使停工、停产，造成直接损失达 10 000 元左右的；（8）强拿硬要他人财物，以未成年或学生为主要侵害对象，情节恶劣的；（9）强拿硬要他人财物屡教不改的；（10）其他严重情节。①

可见，对“情节严重”的理解，浙江省的情况主要是从财物数额方面加以限定，而江苏省则列举了比较具体的几种情形。相比之下，后者显然更为全面，因为本罪并非数额犯，尽管数额的多少能够在一定情况下说明行为是否已经达到“情节严重”，且操作上比较容易把握，但其毕竟只是“情节严重”的一个方面，而非全部。

---

① 参见游伟主编：《华东刑事司法评论》（第 1 卷），法律出版社 2002 年版，第 230—233 页。

更为重要的是，两地规定内容的不同无疑给司法实践的统一操作带来了困难，同样的犯罪情节，在此地因为有解释而可以构成犯罪，而在彼地因为无解释可能认为不是犯罪，这种情况显然不利于国家刑事法制的统一。在此，笔者建议国家的立法机关或者最高司法机关对寻衅滋事罪中的“情节严重”能够作出一个较为具体的立法解释或者司法解释。至于这方面的内容，江苏省的规定值得借鉴。只有这样，全国才能对寻衅滋事罪的“情节严重”的认定有一个较为统一的操作标准，从而切实维护法律的统一和尊严。

（6）二者所属的犯罪范畴及处罚不同。众所周知，我国刑法中没有专门的关于重罪、轻罪的划分，但从刑法罪名的布局与排列来看，重罪与轻罪的区别却是客观存在的。抢劫罪无疑是我国现行刑法中规定的一种极为严重且常见的犯罪，历来属于重罪的范畴。

相比之下，寻衅滋事罪在现行刑法中却是一种较轻的犯罪。这从其发展演变的过程可以看出：1979 年《刑法》第 160 条的流氓罪中规定的进行寻衅滋事行为，情节恶劣的，处七年以下有期徒刑、拘役或者管制，其刑罚的设置在刑法体系中并非严格的重刑。但是随着第一次“严打”斗争的开始，流氓罪的地位在刑法中得以极大的提高。其典型表现就是 1983 年全国人大常委会公布的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》中，规定了对于流氓犯罪集团的首要分子或者携带凶器进行流氓活动，情节严重的，或者进行流氓活动危害特别严重的，可以在刑法规定的最高刑以上处刑，直至死刑。此时，包括寻衅滋事行为在内的流氓罪被赋予了重罪的性质。直到 1997 年《刑法》修订时，又将寻衅滋事罪从流氓罪中分解独立了出来，并且规定：犯寻衅滋事罪的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，从而又重归轻罪的范畴，这应当说是比较科学适度的。

同时，从二者的具体刑罚规定来看，其差异也是相当明显的：一方面，我国刑法中规定的抢劫罪有基本构成和加重构成之分，相应地，刑法也对此规定了轻重不同的刑罚，显得较为复杂；而刑法对寻衅滋事罪的规定并无基本构成和加重构成之分，相应的法律也只有一个刑罚规定，显得相对简单。

而且，二者的法定刑也有很大差别：基本构成的抢劫罪，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；对于法定的八种加重构成，则可以处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。而寻衅滋事罪的处罚就是 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。比较来说，在刑种上，抢劫罪的主刑有有期徒刑、无期徒刑或者死刑，而且有罚金、没收财产两种附加刑，而寻衅滋事罪的刑种则只包括管制、拘役和有期徒刑三种主刑，没有附加刑的规定；在刑度上，抢劫罪的法定最低刑是 3 年以上有期徒刑，法定最高刑是死刑，而寻衅滋事罪的法

定最低刑为管制，法定最高刑为 5 年以下有期徒刑，均远远低于抢劫罪的刑罚幅度。

综上所述，强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪无论在本质上还是在犯罪构成、情节要求、所属范畴及处罚等各方面都存在具体差异，不应当将二者混淆。下面，我们结合上述理论的分析来探讨一下本案的定性问题。

八、关于本案定性的研析

关于本案的定性，如前所述，检法两家存在重大分歧。那么究竟被告人张月新的行为的应构成抢劫罪还是寻衅滋事罪呢?

1. 从犯罪构成理论的角度看，被告人张月新的行为已经完全符合寻衅滋事罪的犯罪构成要件，依法应当构成寻衅滋事罪。我们知道，犯罪构成是我国刑法理论体系中的核心概念，处于基础的地位，它不仅为罪与非罪的区分提供了法律依据，而且为此罪与彼罪的区分提供了法律标准。因为一切犯罪的成立都必须具备相应的犯罪构成要件，而各种不同的犯罪则存在各自不同的犯罪构成。因此，从犯罪的构成要件角度出发，就可以正确区分此罪与彼罪的界限。具体到本案，与其说行为人的犯罪行为在某些方面符合了抢劫罪的犯罪构成，倒不如说其更加充足了寻衅滋事罪的犯罪构成：

(1) 从犯罪客体上看，被告人张月新的行为所侵犯的客体主要是社会公共秩序，即人们遵守共同生活准则所形成的正常秩序；而并非公私财产权。

被告人张月新先是使用假币购买食品被卖主识破，之后谎称自己患有“非典”疾病，公然强拿硬要他人食品，并在获取食品后仍不罢休，继续干扰他人正常经营活动，甚至用自己患有“非典”威胁前来制止其行为的公安人员，这些情况明显反映出的是其对社会公德和国家法纪的公然蔑视。同时，被告人张月新在本案中还实施了随意将熟食送给他人，不让已经购买了熟食的顾客付钱等一系列行为，可以看出其主观上并非单纯以“强行占有他人财物”为主要目的，其行为侵犯的客体主要是社会公共秩序，而不是他人的人身及财产权利。

而且，从行为造成的危害后果上看，被告人张月新的行为不仅仅造成了北京京京肉食厂损失两根蒜肠，两块叉烧肉，两块牛肉，一只口水鸡，共计价值人民币 69 元的财产损失的危害结果；更为重要的是，其行为对公共秩序所造成了严重危害，产生了恶劣的社会影响，特别是在民警在场、上百名群众围观的情况下，行为人仍然要威风、摆架子，这给普通公众的心理造成的主要不良影响并非财产的无保障，而是公共秩序的无序和混乱，从而对公共秩序安全产生一种恐惧感。可以说，行为人的犯罪行为的主要危害性在于破坏了社会公共秩序，而这恰

恰符合寻衅滋事罪而非抢劫罪的犯罪客体要求。

（2）从犯罪客观方面看，被告人张月新的一系列行为也是典型的情节严重的寻衅滋事行为。其谎称身患“非典”，拿刀比划来强拿硬要他人财物的行为并未达到抢劫罪所要求的对他人人身安全造成现实威胁的程度，而仅仅是其强拿硬要的一种手段。对此前面已有具体分析，兹不赘述。

而且，本案表现出来的种种迹象也说明了被告人的行为的性质是寻衅滋事行为而非抢劫行为：在犯罪地点上，本案中张月新的强拿硬要行为发生在公共场所，大庭广众之下；在犯罪时间上，案件发生在白天；在行为人实施犯罪的行为方式上，本案中被告人张月新是临时起意、公开进行，是在众目睽睽之下的放刁撒野；在财物数额上，被告人张月新在能够取得更多的财物的情况下，而仅以得到较少的财物为满足；在与被害人的关系上，被告人张月新先后支付假币搪塞被害人，并非直接的抢劫，正因为如此，被害人也始终未放弃向其索要钱款；在与周围群众的关系上，被告人张月新以强凌弱，为了占便宜，完全不顾忌群众的知悉或者告发，反而是围观群众越多越变本加厉；在后续行为上，被告人张月新在取得财物后并未马上离开，而是一直在犯罪现场，甚至在民警到场的情况下，也不是马上设法逃避，而仍然对民警称自己患有“非典”。这种种客观情况表明了被告人的行为为典型的寻衅滋事行为，而非抢劫行为。

总之，从整体上来分析被告人的客观犯罪行为，足以看出张月新的整个行为过程就是在挑衅社会，是典型的寻衅滋事行为。而不能将单单一个身体举动同整个犯罪行为相割裂，仅因其拿刀比划行为就认定为是抢劫罪。

（3）犯罪主观方面特征，被告人张月新的犯罪动机在于寻求精神刺激，公然藐视国家法纪，是典型的流氓动机；主观上并非单纯以“使用暴力或者胁迫手段占有他人财物”为主要目的，而更多地是为了满足自己酒后逞强要威的不健康心理需要；在故意内容上，被告人张月新不仅明知自己的行为会破坏公共秩序，并且对这样的结果抱着积极追求的希望态度，即希望通过破坏社会公共秩序来获得某种精神上的满足。这完全符合寻衅滋事罪的主观要求。

可见，本案中被告人张月新的犯罪行为已经完全符合寻衅滋事罪的犯罪构成，应当依法认定为寻衅滋事罪。

2. 从刑法的基本原则来看，认定被告人张月新的犯罪行为为寻衅滋事罪是更好的贯彻主客观相统一的刑法基本原则必然要求。主客观相统一的刑事责任原则历来被认为是刑法的基本原则，它要求对犯罪嫌疑人、被告人追究刑事责任，必须同时具备主客观两方面的条件，反对割裂犯罪构成主客观要件的主观归罪和客观归罪。作为现代刑法的基本原则，其科学性得到了广泛认同。

本案中，从主客观相统一的原则出发，被告人张月新的行为构成了寻衅滋事罪而非抢劫罪。一方面，从客观的角度看，被告人张月新实施了谎称自己患有“非典”疾病，公然强拿硬要他人食品，并在获取食品后仍不罢休，继续干扰他人正常经营活动，甚至用自己患有“非典”威胁前来制止其行为的公安人员等一系列犯罪行为，这就从客观上充足了寻衅滋事罪的构成要件；另一方面，更为重要的是，从主观的角度看，犯罪人的行为更宜认定为寻衅滋事罪。因为行为人张月新明知自己的行为造成破坏公共秩序的结果，并且希望这样的结果发生；尽管行为人对自己的强拿硬要行为有所意识，但其并未认识到自己是在抢劫他人财物，更不会意识到自己的行为会构成抢劫罪，如果将其界定为抢劫罪，至少要求行为人应当认识到自己抢劫他人财物所造成的危害结果。显然，本案中的犯罪人是缺少这种认识的，将其界定为抢劫罪有客观归罪之嫌。相反，将其界定为寻衅滋事罪就能很好的体现其主观特征，从而将主客观相统一的刑法基本原则得以较为彻底的贯彻。

3. 从法律规定上来看，将被告人张月新的行为定性为寻衅滋事罪具有充足的法律依据。如果说仅仅从理论上说明张月新构成寻衅滋事罪还不够的话，那么从法律的有关规定出发，也应当将其界定为寻衅滋事罪而非抢劫罪。

一方面，从刑法典的规定来看，新《刑法》第 293 条专门规定了强拿硬要公私财物，情节严重的行为可以构成寻衅滋事罪，如前所述，被告人张月新的行为就是明显的强拿硬要行为，而且造成了恶劣影响，情节严重，足以认定为寻衅滋事罪。

另一方面，更为重要的是，本案的判决依据之一最高人民法院和最高人民检察院于 2003 年 5 月 14 日联合发布的《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。本案发生在我国举国上下防控“非典”的特殊时期，突如其来的“非典”疫情不仅给人们的正常生产、生活、学习造成了严重影响，也给我们的刑事法制工作提出了新要求。为了依法惩治妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的犯罪活动，保障预防、控制突发传染病疫情等灾害工作的顺利进行，切实维护人民群众的身体健康和生命安全，最高人民法院和最高人民检察院于 2003 年 5 月 14 日联合发布了《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，从而为依法惩治传染病疫情等灾害防治期间发生的各种犯罪活动，提供了明确的法律适用依据。其中，第 11 条就是有关寻衅滋事罪的规定：在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间，强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物情节严重，或者在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的，依照《刑法》第 293 条的规

定，以寻衅滋事罪定罪，依法从重处罚。而按照学者理解，这一规定主要就是针对当时发生的谎称“非典”患者，强拿硬要公私财物、扰乱社会秩序等行为作出的，依法对这种行为从重处罚，对于维护社会秩序具有十分重要的作用。①

可见，“两高”对这种谎称“非典”患者，强拿硬要公私财物的行为已经表明了一种处理的态度。因此认定被告人构成寻衅滋事罪也是符合最高司法机关的解释精神的。

“两高”出台有关司法解释，基本的目的就是为了在预防、控制突发传染病的特殊时期的犯罪行为，司法机关能够正确适用法律，依法从重从快打击各种犯罪，切实维护广大人民群众的身体健康和安全。具体来讲，主要保护的对象就是公共安全、正常的市场秩序和社会秩序等。被告人张月新酒后强拿硬要少量财物，并在公共场所无理取闹，造成公共场所秩序混乱，已经构成寻衅滋事罪，而“两高”司法解释第 11 条的规定，解决了这种行为如何适用法律、如何依法从重处罚的认定问题。应该说，“两高”的司法解释对本案的审理具有直接指导作用。因此，将被告人张月新的行为界定为寻衅滋事罪就有了更为充分的法律依据。

4. 认定被告人张月新的行为是寻衅滋事罪具有重要的社会意义。从刑事法制的角度，我们既要遵守罪刑法定原则，又要根据“非典”时期的需要，及时地完善相关刑事法律规定。

在“非典”时期行为人利用人们的恐惧心理实施强拿硬要的寻衅滋事行为，就很可能因此加重社会的心理负担，给疫情防治工作产生障碍，因而相对于平时实施相似的行为而言，其在特殊时期利用突发传染病实施寻衅滋事具有更大的社会危害性；行为人明知全社会都积极应对突发疫情，公众的心理较为脆弱，却以传播传染病为手段相威胁，可见其具有更强的主观恶性和人身危险性，因而应当从重从快定罪处罚。但尽管如此，从刑事法制的角度，我们仍要遵守罪刑法定原则，不能因为抢劫罪重于寻衅滋事罪就将本属于寻衅滋事罪的强拿硬要行为界定为抢劫罪。

值得注意的是，即使在“非典”这个突发事件的特殊时期，我们的法院在审理和判决时仍然严格依照了实体法和程序法的规定。第一是没有采纳检察院抢劫罪的起诉意见，而是根据庭审质证的证据，认定被告人的犯罪行为符合刑法规定的寻衅滋事罪的犯罪构成要件，判处其犯寻衅滋事罪。第二是严格适用了“两高”司法解释，依法对其以寻衅滋事罪从重处罚。这样的处理结果可以说合理合法，不仅为其他法院处理类似问题提供了很好的借鉴，产生了良好的社会效果，

① 参见浩天：《准确适用法律严惩涉非典犯罪》，载《人民司法》2003 年第 6 期。

更为重要的是，法院并未因为“非典”的特殊时期就在案件定性模糊时一概定重罪，而仍是以法律与法学理论为依据，构成何种犯罪就定哪种犯罪，这不能不说是我国刑事法制的一大进步。因此，该案的正确审判也必将在我国的刑事法制进程中留下浓重一笔。

综上所述，被告人张月新的行为已经构成寻衅滋事罪而非抢劫罪，这不仅有理论上的支撑，而且也具有充足的法律依据。因此，北京市海淀区人民法院的判决是科学合理的。

九、结语

抢劫罪与强拿硬要方式的寻衅滋事罪的区分无论在理论上还是司法实践中都存在较大分歧。作为全国审理的首例涉非刑事案件的张月新一案无疑也引发了普通大众对这一问题的思考，这当然有利于推动刑法理论的研讨。以此为契机，本文对这两类犯罪行为的界限作了深入的区分，可以看出，二者在本质属性、构成特征、处罚等诸多方面都存在差异。反映到本案中，被告人张月新谎称“非典”强拿硬要他人财物，全然不顾国家法纪的存在，严重破坏了社会公共秩序，在群众中造成了极坏的影响，已经符合寻衅滋事罪的构成要件，应当依法认定为寻衅滋事罪。

实践中，强拿硬要他人财物的案件近年来并不鲜见，究竟是构成抢劫罪还是寻衅滋事罪在有些情况下的确难以区分，这就给我们的司法工作人员提出了更高要求，需要全面客观的收集证据，综合分析整个案情，以准确定性。希望本文的写作有利于这方面的司法实践工作的展开，果真如此，也算是为国家的刑事法治建设贡献了绵薄之力。

（撰稿人　赵海生*）

* 江苏省苏州市中级人民法院，法学硕士。

附录：

北京市海淀区人民法院
刑事判决书

（2003）海刑初字第1139号

公诉机关：北京市海淀区人民检察院

被告人张月新，男，1971年8月10日出生于北京市，汉族，小学文化程度，系北京市运通有限责任公司司机，户籍地为北京市海淀区清河三街16号。因涉嫌犯抢劫罪，于2003年4月24日被羁押，同年4月29日被逮捕，现押于北京市海淀区看守所。

指定辩护人钱列阳，北京市中孚律师事务所律师。

北京市海淀区人民检察院以京海检刑诉字（2003）第969号起诉书指控被告人张月新犯抢劫罪，向本院提起公诉。本院于2003年5月9日立案，并依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。北京市海淀区人民检察院指派检察员庄伟，代理检察员李峥、魏明浩出庭支持公诉，被告人张月新及其辩护人钱列阳，证人周桂芝、郝立新、郭淑娟、祖砚铭到庭参加诉讼。现已审理终结。

北京市海淀区人民检察院指控：

2003年4月24日16时30分许，被告人张月新在本市海淀区清河毛纺厂南小区超市门前马路边，以非法占有为目的，从北京市京京肉食厂售货车上购买口水鸡1只、牛肉2袋、叉烧肉2袋等熟食制品，共计价值人民币69元。后被告人张月新谎称自己患有“非典型性肺炎”，并以此作为语言威胁，又持水果刀威胁事主郝立新，拒不交付熟食价款。后经事主报案，公安人员及时赶赴现场，被告人张月新被当场抓获。现作案凶器已起获。

针对上述指控，公诉机关提供了相关证据材料，认为被告人张月新的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第263条之规定，构成抢劫罪，提请本院对其给予刑事处罚。

被告人张月新对其假冒“非典”病人，拒不支付熟食款的基本事实没有提出

异议，但辩称自己并没有持刀威胁事主郝立新，也没有实施任何暴力。其辩护人钱列阳的辩护意见为，被告人张月新在使用假币购物被当场识破后，谎称自己患有“非典”，并将水果刀插在餐桌上，这些行为确实带有恐吓的意思；但其主观目的是为了强拿硬要他人食品，是典型的扰乱市场秩序的行为，不具备抢劫罪所凸现的使用暴力将财物据为己有的特点，故被告人张月新的行为不构成抢劫罪。

经审理查明：

被告人张月新于2003年4月24日16时30分许，与其朋友司宝森、王亚丁、郭淑娟等人在本市海淀区清河毛纺厂南小区菜市场门口炒菜摊喝酒时，适遇事主郝立新（男，27岁，北京京京肉食厂司机）、周桂芝（女，33岁，北京京京肉食厂合同工）开着面包车到清河毛纺厂南小区超市门口马路边卖熟食，该食品车停在张月新等人所在的马路对面。被告人张月新即上前挑选了几样熟食装在塑料袋里，并付给了周桂芝一张面值100元的假币。事主周桂芝辨认出是假币，便让其换一张，被告人张月新拒绝更换，周桂芝见状便将该袋熟食放回车上。被告人张月新又从熟食筐中拿了一根蒜肠并说：“这年头吃东西还要钱，我有‘非典’你信不信？我还有证，我刚从医院跑出来。”说完其拿着蒜肠回到自己酒桌上打开就吃。事主郝立新过去要蒜肠的钱，被告人张月新即从桌子上拿起一把削菠萝用的刀子冲其比划，仍以自己患有“非典”为由拒不付款。其间，张月新又往其吃饭的桌子上扔了两包叉烧肉，拿了1根蒜肠。郝立新、周桂芝见状便准备开车离去，被告人张月新上前拦住车不让走，并要将最初挑选好的一袋熟食拿走，周桂芝不同意。过了几分钟，被告人张月新又上食品车拿起那袋熟食要走，周桂芝跟在其身后要钱，张月新见状便再次以传染“非典”对周进行威胁。后其见周还不走，就说：“给你50元钱”，周桂芝表示同意。但其又将那张100元假钞给周，周不要。张月新便又回到食品车上。路上，被告人张月新还将袋内的1只口水鸡送给一个小女孩。后周桂芝将剩下的熟食放回车上，被告人张月新仍不离去，继续在车上轰走前来买东西的顾客，并阻止已购买了食品的顾客付款。当公安民警接事主郝立新报警赶到现场后，被告人张月新对民警祁学兵称：“我有‘非典’，先传染给你。”民警遂封锁了现场，并对上百名围观群众进行疏散，后将被告人张月新抓获。经医院检查，被告人张月新身体健康，无‘非典’症状。北京京京肉食厂因此损失两根蒜肠，两块叉烧肉，两块牛肉，1只口水鸡，共计价值人民币69元。

针对上述指控事实，公诉机关提请法庭传证人周桂芝、郝立新、郭淑娟、祖

砚铭出庭作证，并向法庭宣读、出示了下列证据材料：

1. 证人周桂芝（女，33 岁，北京京京肉食厂合同工）出庭作证，证明：2003 年 4 月 24 日 16 时许，其与郝立新开车到清河毛纺厂南小区超市门口马路边卖熟食。被告人张月新使用假币购买几样熟食，被其识破。张月新便说："这年头吃东西还要钱，我有'非典'你信不信？我还有证，我刚从医院跑出来。"拒不付款，后还持刀对郝立新进行威胁，并先后从熟食车上拿走两根蒜肠，两块叉烧肉食用。当其和郝立新准备离开时，张月新不让他们走，并拿走最初挑选好的几样熟食，郝立新追着被告人要钱，张月新便对其说："你真没意思，我在肉上吃一口，让你染上'非典'，我把你车烧了你信不信。"后又同意给 50 元钱，并再次支付那张假币，被其拒绝。张月新将 1 只口水鸡拿出来吃了一口，并送给 1 个小女孩，又到熟食车上轰走其他顾客，顾客买东西后也不让付钱，或者让少付钱。郝立新打 110 报警，警察赶到现场，被告人还对警察说自己有"非典"，先传染给民警，后被民警抓获的事实。

2. 证人郝立新（男，27 岁，北京京京肉食厂司机）出庭作证，证明：2003 年 4 月 24 日 16 时 30 分许，其与周桂芝开车到清河毛纺厂南小区超市门口马路边卖熟食。被告人张月新在挑选了几样熟食后，声称自己有"非典"，刚从医院跑出来，想不付钱。被事主拒绝后，张便拿走 1 根蒜肠。在其向张月新索要蒜肠钱时，张持刀对其比划，并声称："我有非典还敢找我要钱，我用刀捅你丫的。"在其和周桂芝想开车离开时，张阻拦不让走，并又从车上拿走两块叉烧肉，1 根蒜肠。后其拨打 110 报警，警察赶来将被告人抓获，当时现场有上百人围观，交通被堵塞等事实。

3. 证人郭淑娟（女，31 岁，个体）出庭作证，证明：2003 年 4 月 24 日 16 时 30 分许，被告人张月新在清河毛纺厂南小区菜市场门口炒菜摊喝酒时，从对面熟食车上拿了一根蒜肠吃，并对售货员声称自己有"非典"，拒不付钱，还持刀对男卖主比划，说："我有非典，还要什么钱"，话里带着脏字。后张月新又从熟食车上拿走 1 袋熟食，1 个女售货员追着向其要钱，并继续以自己患有"非典"为由拒不付钱，后又答应给 50 元，并拿出 1 张百元人民币，但女售货员没有要的事实。

4. 未到庭证人司宝森（男，39 岁，无业）的证言，证明：2003 年 4 月 24 日 14 时许，其与张月新等人喝酒过程中，张月新买了 1 个菠萝并带回 1 把刀；在其离开酒桌时，刀还放在桌子上的事实。

5. 未到庭证人王亚丁（男，34 岁，海淀区清河南小区设区巡逻员）的证言，证明：其与张月新等人于 2003 年 4 月 24 日下午在清河毛纺厂南小区西门外喝酒过程中，张月新买菠萝时带回来 1 把刀，后卖菠萝的商户找张月新要刀时，张月新没还；在喝酒当中，张月新到马路对面熟食车买熟食并拿回 1 根肠，但拒不付钱的事实。

6. 未到庭证人高国永（男，43 岁，个体户）的证言，证明：2003 年 4 月 24 日下午，被告人张月新向其买了一个菠萝，但没有给钱，并把其削菠萝的刀留下用了 1 个小时左右，该刀为黄色木把单刃尖刀，长 20cm，刀刃长 15cm，宽 3cm 的事实。

7. 未到庭证人祁学兵、王晓溢、徐杰（均为海淀公安分局清河派出所民警）的证言，证明：清河派出所接到“110”布警，称在海淀区清河毛纺厂南小区西门外有 1 名自称是“非典”病人的男子在闹事，遂赶到现场，该男子对祁学兵说：“我有‘非典’，先传染给你。”民警立即封锁现场，并对百余名围观群众进行疏散，后身着防护服的民警上车将张月新抓获，并带其到医院检查，发现其根本没病；并从 1 个卖水果的商户处起获 1 把尖刀的事实。

8. 未到庭证人包文华（男，29 岁，清河 999 急救中心主任）的证言及北京市急诊抢救中心出具的诊断证明书，证明：2003 年 4 月 24 日 22 时许，该中心接诊 1 名叫张月新的病人，经过胸透、血十项、量体温等检查，其身体未见异常，没有发现任何“非典”症状的事实。

9. 证人祖砚铭（女，44 岁，清河毛纺厂社区居委会主任）出庭作证，证明：2003 年 4 月 24 日 18 时左右，其听说在清河毛纺厂南小区西门外有“非典”病人，便前去了解情况，维持秩序。当时现场和周围的道路已经被警察封锁，有上百名群众围观，1 个多小时后才恢复交通的事实。

10. 未到庭证人全建华（女，49 岁，清河毛纺厂职工）的证言，证明：2003 年 4 月 24 日 19 时许，其在清河南小区菜市场看见好多穿防护服的警察带走 1 名男子，当时现场被民警封锁了 1 个小时，围观群众有 100 多人的事实。

11. 证物尖刀 1 把，证明民警从现场起获张月新使用过的尖刀的基本情况。

12. 现场照片，证明被告人张月新作案现场的基本状况。

13. 价格鉴定结论 1 份，证明北京市京京肉食厂损失的口水鸡 1 只、牛肉两袋、叉烧肉两袋等熟食制品，共计价值人民币 69 元的事实。

14. 假币收缴凭证及起赃经过，证明民警从被告人张月新身上起获其在事主

郝立新处购买熟食时使用的 100 元假币的经过。

15. 公安机关出具的抓获经过，证明被告人张月新被抓获的时间、地点。

被告人张月新对证人周桂芝、郝立新的证言提出异议，辩称自己当时没有持刀对郝立新比划，也没有威胁要用刀捅郝立信，对其他证据没有提出实质性异议。辩护人钱列阳对控方证据的内容没有提出异议，但强调证人周桂芝、郭淑娟的证言都证实被告人张月新曾经与事主周桂芝讨价还价，愿意支付 50 元，周桂芝亦表示同意，说明其行为明显不符合抢劫罪的特征。

对于以上质证意见，法庭认为，被告人张月新对事主郝立新持刀比划的行为，不仅有郝立新、周桂芝的证言证实，而且还有作为其朋友的郭淑娟的证言予以佐证，具有客观真实性，故其对此情节予以否认的辩解，法庭不予采信。以上控方证据形式及来源合法，内容客观、真实且能够相互印证，对其证明效力，本院予以确认。

本院认为，被告人张月新在使用假币购买食品被卖主识破后，谎称自己患有"非典"疾病，公然强拿硬要他人食品，并无故借酒滋事，造成公共场所秩序的严重混乱，其行为已构成寻衅滋事罪，应予严惩。北京市海淀区人民检察院指控被告人张月新犯罪的事实清楚，证据确实、充分，但指控罪名有误。综观全案，被告人张月新在实施了强行拿走他人熟食的行为后，并不离开现场，而是继续借酒滋事，干扰他人正常的经营活动，并用传染"非典"威胁前来制止其行为的公安人员，以致造成公共场所秩序的严重混乱。可见其主观上并非单纯以"使用暴力或者胁迫手段占有他人财物"为主要目的，而更多地是为了满足自己酒后逞强要威、寻求精神刺激等不健康的心理需要，反映出其对社会公德和国家法纪的公然蔑视。因此，其行为侵犯的客体是社会公共秩序，而不是他人的人身及财产权利。尽管被告人张月新客观上实施了以传染"非典"、持刀比划等胁迫手段占有他人食品的行为，但从其先后支付假币搪塞事主、在取得食品后并不脱离现场、事主始终未放弃向其索要钱款等客观情况看，亦说明其使用的威胁方法，尚达不到抢劫罪所要求的对他人人身安全造成现实威胁的程度，而仅仅是其强拿硬要的一种手段。因此，从主客观相一致的原则出发，对其行为不应认定为抢劫罪，而应认定为寻衅滋事罪。其辩护人关于被告人张月新的行为不构成抢劫罪的辩护意见，法庭予以采纳。鉴于被告人张月新在国家预防、控制非典型性肺炎传染病疫情期间无故借酒滋事，强拿硬要他人财物，造成公共场所秩序严重混乱，情节严重，对其应依法从重处罚。本院依照《中华人民共和国刑法》第 293 条第（三）

项、第（四）项，第 64 条及《最高人民法院最高人民检察院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 11 条之规定，判决如下：

一、被告人张月新犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑 2 年（刑期从本判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 2003 年 4 月 24 日起至 2005 年 4 月 23 日止）。

二、责令被告人张月新退赔人民币 69 元，发还北京市京京肉食厂。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起 10 日内，通过本院或者直接向北京市第一中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应提交上诉状正本 1 份，副本 1 份。

审判长：朱　军

审判员：徐子强

审判员：王宏丞

2003 年 5 月 21 日

书记员：梁立刚

书记员：翁良悦

刘涌黑社会性质组织犯罪案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、黑社会性质组织犯罪与“保护伞”的关系
六、死刑案件中的刑讯逼供问题
七、民意对死刑适用的影响
八、专家法律意见书的性质、作用及发展趋势
九、结语
附录一：辽宁省铁岭市中级人民法院刑事附带民事判决书（节选）
附录二：最高人民法院再审刘涌案刑事判决书

一、选案理由

刘涌黑社会性质组织犯罪案堪称中国当代打黑史上充满悬念和争议的一笔。刘涌，1960年11月30日生于辽宁省沈阳市。1984年开始在沈阳经商，后通过非法经营、暴力聚财等手段非法取得了大量的财富。同时纠集一批有前科劣迹的人员充当打手，勾结一些基层民警并拉拢个别腐败分子入伙作为保护伞，购买了大量枪支弹药和管制刀具，以打、砸、砍、杀等暴力手段滥伤无辜，暴敛钱财。刘涌黑社会性质组织从1995年末初步形成至2000年7月初被沈阳警方打掉，共计作案47起，致死致伤42人，其中1人死亡、16人重伤、14人轻伤，涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织罪等14项罪名。这样一起涉及多名被告人、触犯多种罪名、持续作案多年、先后作案几十起的典型的黑社会性质组织犯罪案

件，无论在辽宁省还是在全国，均属罕见。

2000年7月11日刘涌被沈阳市公安局刑事拘留，同年8月10日经沈阳市人民检察院批准逮捕。2002年4月，刘涌被辽宁省铁岭市中级人民法院以组织、领导黑社会性质组织罪、故意伤害罪、非法经营罪、故意毁坏财物罪、行贿罪、妨碍公务罪、非法持有枪支罪等多项罪名一审判处死刑立即执行。刘涌不服上诉。2003年8月刘涌被辽宁省高级人民法院改判死刑，缓期两年执行。公开的判决书中没有明确指出改判的真实原因，但从刘涌律师所透露出来的内容中可以得知，刘涌改判死刑缓期执行与沈阳警方曾经刑讯逼供有莫大关联。这在我国社会和司法界引起了轩然大波。社会舆论呈一边倒的态势。二审法院以及就该案一审判决存在的问题出具专家法律意见的学者受到公众的同声谴责甚至谩骂。2003年10月，最高人民法院向刘涌送达了再审决定。一时间，刘涌的生死问题又引来诸多争议。由于该案是新中国成立以来，我国最高人民法院首次对一起普通刑事案件进行提审，因此引起了全国许多新闻媒体的关注。此次合议庭成员由最高人民法院的5名法官依法组成，审判长由最高人民法院刑事审判第一庭庭长南英担任，最高人民检察院也指派了3名检察员出庭支持公诉。2003年12月22日上午，最高人民法院再审法庭判处刘涌死刑，立即执行。至此，轰动一时的刘涌黑社会性质组织犯罪案的审判工作画上了句号，但是，围绕刘涌案所引发的争论并没有因此而告终。故该案入选本书。

二、基本案情

刘涌，1960年11月30日生于辽宁省沈阳市，原任沈阳嘉阳集团董事长。2000年7月11日被沈阳市公安局刑事拘留，同年8月10日经沈阳市人民检察院批准逮捕。

刘涌自1984年开始在沈阳经商，经营范围涉及超市、房地产、餐饮娱乐、香烟批发等。在沈阳市最繁荣的中街、太原街等黄金地段，均有刘涌的商场，并拥有上万平方米的房地产开发权。

在刘涌案一审、二审的过程中，法院认定刘涌及其犯罪团伙的故意伤害行为，最早可以追溯到1989年9月11日，刘涌怀疑其当时的女友与在第二届全国青年运动会上演唱大会主题歌的演员宁勇关系暧昧，便和宋健飞等人对宁勇进行殴打，致其脾脏破裂被摘除。

刘涌之后涉嫌的故意伤害案件还有1991年7月的伤害佟俊森案，1992年7月的伤害孙树鹏案。1992年10月用猎枪击伤沈阳市和平区公安分局园路派出所副所长刘宝贵，被警方通缉。1994年刘涌在广州市被抓押解回沈，1995年他买

通有关人员骗得取保候审，直至1997年初解除。在取保候审期间，刘涌仍猖狂作案，强取豪夺。

1995年初，刘涌通过贿赂当时任沈阳市和平区劳动局副局长的高明贤和该局局长凌德秀，承包了该局下属企业太原街中华商场。从那时起，刘涌开始纠集一伙地痞无赖，积极发展自己的势力范围。同年，刘涌创办嘉阳集团，涉足商贸、服装、餐饮、娱乐、房地产等行业，下属公司26家，员工2 500人，资产7亿元人民币。这样的一家企业连年被沈阳市评为明星企业、巨人企业、AAA企业。刘涌本人获得的荣誉更是不计其数。刘涌曾邀请一批香港歌星、影星在沈阳五里河体育场搞了一场演唱会，刘涌和嘉阳的名声在沈阳到了如日中天的地步。此后，刘涌的势力不断扩大，相继吸纳了宋健飞、张健奇、刘凯峰、张新民、马新阳等一批被判刑、教养、收容审查的释解人员，充当他的下属及打手。在这个黑社会性质组织的主要成员中，有前科或劣迹的人员占百分之八十。

被称为“二哥”的刘涌在该犯罪组织中负责管理决定对内对外的重要事情，发布命令，具有至高无上的绝对权威和控制权。宋健飞、吴静明、程健等在该组织中处于中间层，他们的主要作用是传达刘涌的指示，指挥控制其他参与人的具体犯罪活动。董铁岩、李志国、张健奇等人则充当打手。

根据公诉机关的调查，1995年9、10月间，刘涌为霸占中街沈阳双兴购物中心开办百佳超市，指使打手对购物中心经理吴某进行毒打，继而到吴家威胁和骚扰，逼迫吴某将花200多万元装修好的470平方米门面房“转租”给他。之后，刘涌又向别人勒索25万元，从中拿出5万元给吴作为补偿。同年夏天刘涌替他人报复行凶，带领打手追杀一名个体老板韩某，连扎带砍100多刀。

以严密武装组织作“保障”，以残忍的手段打压竞争对手，以卑鄙的行为垄断市场。刘涌自称是“黄山”和“云雾山”香烟沈阳总代理，对所谓“擅自”经营者一律暴力清除。1997年秋，刘涌得知和平区一铺面卖黄山牌香烟，便指使打手对业主李某、张某拳打脚踢，将铺面砸烂。

1998年5月，刘涌授意宋健飞等3人到沈阳春天休闲广场打砸两个铺面，造成经济损失价值人民币2 180元。

1998年6月11日，刘涌的打手在其授意下，对依法执行公务的辽宁省技术监督信息研究所的3名工作人员进行殴打，将其中两名致伤。

自从刘涌转向发展房地产后，只要他看上的地块，就会采取暴力手段弄到手。1999年6月，刘涌取得沈阳中街部分商业开发权后，使用“砸折”等暴力手段，强行拆迁。中街大药房等单位没有顺从，刘涌指使打手持藏刀、枪刺等凶器，在光天化日之下砸毁药房，砍伤值班经理和多名员工，临走时还把附近两家

店铺的玻璃也砸坏，吓得这些店铺赶紧倒出地方。刘涌还通过巨额行贿、不付利息等违规手段，从金融机构获得上亿元贷款，在沈阳市黄金商业区大搞房地产开发。

1998 年末，刘涌的打手宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国在沈阳市沈河区一家酒店吃饭时，与邻桌就餐的黄某等三人发生口角，双方持刀斗殴，均不同程度地受伤。

1999 年 1 月，刘涌与其他黑势力火拼，巩固其“黑道霸主”地位。刘涌与几名民警及打手在自己开的饭店中吃饭，与沈阳市另一黑势力团伙首领李俊岩（已被公安机关打掉）等人发生争执，展开枪战。刘涌从身边民警朱赤的提包里拿出手枪连开数枪，将李的腿打折。刘涌的打手与人斗殴，互有受伤，他立即带领刘军、朱赤、孟祥龙（均为民警）带着藏刀等凶器，开车追到某医院，对正在缝合伤口的黄某等人一顿刀砍，还要对方拿 3 万元消灾才算了事。

1999 年 10 月，刘涌因云雾山香烟销售情况不好，指使程健去市场查看并“收拾”经销同类香烟的业户，10 月 15 日，宋健飞等人对经营云雾山香烟的业主王永学进行殴打，致王永学右肺门破裂，右心房破裂，急性失血性休克而死亡。

在日常生活中，刘涌流氓成性，随意砍杀，滥伤无辜。一个“算命大仙”只因说了几句“你面色不正、身体不好”之类的话，他就大发雷霆，指使打手将其连扎 15 刀，肠子都流了出来。

为发泄私怨，他指使他人将辽宁省某银行副行长砍成重伤。刘涌在驾车途中发现某大学一位副院长的车随后行驶，就以“跟踪”为由，派打手将副院长打成重伤。

据统计，刘涌黑社会性质组织从 1995 年末初步形成至 2000 年 7 月初被沈阳警方摧毁的 4 年半时间里，刘涌亲自参与或指使授意他人的犯罪案件共 27 起。

虽然黑社会性质犯罪集团头子刘涌恶行累累，身上却笼罩着一道道眩目的光环：沈阳市人大代表、致公党沈阳支部副主任委员、嘉阳集团董事长。刘涌的政治身份中最耀眼的是沈阳市人大代表。1998 年，刘涌请某著名相声演员吃饭，并请时任沈阳市副市长的马向东作陪。饭后刘涌拿出 2 万美元通过马向东的秘书转交给马向东。从此，刘涌与马向东的关系开始拉近。1999 年 2 月，刘涌在寸土寸金的中街贷款上亿元开发的嘉阳广场用地 2.4 万平方米，马向东大笔一挥免去了该项目配套费和土地出让金。为感谢马向东，刘涌又向马向东行贿 2 万美元。之后马向东到澳门赌博时都随身带着刘涌的部下做保镖。刘涌还和当时的沈阳市市长慕绥新交往很深，称慕绥新为“大哥”。刘涌的“保护伞”最直接的有

3个人：原沈阳市人民检察院检察长刘实是他的“干爹”，沈阳市和平区劳动局原副局长高明贤是他的“干妈”，原市中级法院副院长、市政协副主席的焦玫瑰则和他有暧昧关系。还有以他的弟弟——和平公安分局探长刘军为首的多名警察。

三、裁判要旨

被告人以经济实体为依托，勾结他人为骨干成员，组成较稳定的犯罪团伙，有组织地通过违法犯罪活动或其他手段获取经济利益，具有一定经济实力；以暴力、威胁或其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的纵容，称霸一方，在一定区域或行业内形成非法控制或者重大影响的势力，严重破坏了一定地域的经济、社会秩序，已经构成组织、领导黑社会性质组织罪，以“不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供情况”和“鉴于其犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度以及本案的具体情况”为理由将死刑立即执行改为死缓应当有特别充分的证据来支持。

四、引发的理论问题

刘涌案在刑法理论上有太多问题值得探讨，其中，以下四个方面的问题尤其值得深思。

（一）黑社会性质组织犯罪中的保护伞问题

刘涌黑社会性质组织从1995年末初步形成，至2000年7月初被沈阳警方打掉，在4年半时间里，共计作案47起，致死致伤42人，其中1人死亡、16人重伤、14人轻伤，涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织罪等14项罪名。这样一起涉及多名被告人、触犯多种罪名、持续作案多年、先后作案几十起的典型的黑社会性质犯罪案件，无论在辽宁省还是在全国，均属罕见。可以在4年多的时间里从1名小混混迅速成为黑社会性质组织的头领，刘涌先通过暴力敛财，有了经济实力后，便开始寻求“保护伞”。

黑恶势力的保护伞，是黑恶势力犯罪分子与政府官员之间相互利用、相互勾结的产物，这种勾结是符合双方利益需要的。一方面，黑恶势力犯罪分子在其犯罪过程中，主动寻求政府或执法人员的庇护以减少犯罪风险；另一方面，有些政府官员为了个人的穷奢极侈的生活，大肆收取黑恶势力分子金钱加美女的贿赂。因此，在黑恶势力向权力部门内寻求保护伞的同时，权力部门内的一些腐败分子为了满足个人的私欲，也出现“傍黑”现象。

黑社会性质组织与庇护官员是一棵树上的两个“毒瓜”，黑社会性质组织的

穷凶极恶、心狠手辣、有恃无恐，源于有腐败官员做后台，充当保护伞；腐败官员因为有黑社会组织的金钱物品贿赂，所以才置党纪国法于不顾，冒天下之大不韪，对黑恶势力包庇纵容。由此看来，黑社会性质组织与腐败官员狼狈为奸相互勾结是最可怕的事情。对待这个问题我们要举起“打黑除恶”和“反腐倡廉”两柄正义之剑，才能标本兼治，惩防并举。

（二）刑讯逼供与死刑的关系问题

刑事诉讼程序中刑讯逼供所得的口供的采信问题以及非法证据排除规则等问题备受关注。刘涌在铁岭中院一审被判处死刑立即执行，而辽宁高院经过二审判处刘涌死刑缓期两年执行。公开的报道中没有公布明确的原因，刘涌的律师曾透露沈阳的公安部门在取证过程中存在刑讯逼供的情况。一时间刑讯逼供曾被认为刘涌得以逃离死境的重要原因，由此引发的学术争论也大量见诸报端。

（三）民意与死刑关系问题

刘涌经过辽宁省高院二审被改判死刑缓期执行，立刻引起了民愤，网络上的非议舆论铺天盖地，对于刘涌这样可以用“暴敛钱财、不择手段，为非作歹、称霸一方，流氓成性、滥杀无辜，暴力抗法、偷税漏税、心狠手辣、凶残报复”形容的黑社会老大，竟然处以缓期执行，使其得以保留性命，法治何在?！公理何在?！认为刘涌不杀不足以平息百姓的愤怒。刘涌案件最终由最高人民法院再审判处死刑立即执行作为终结，曾赢得一片喝彩，认为大快人心，为民除害，维护了司法权威，显示了中国打击黑恶势力、实现社会治安的根本好转，全力维护稳定的决心。有观点认为这是民众的力量、舆论的监督作用迫使最高人民法院必须对刘涌案件进行重新审理并予以改判，以顺应民意。这引发了民意对死刑案件的判决有何影响以及民意对死刑改革进展有何影响的讨论。

（四）专家意见书问题

刘涌案件审理过程，一波三折，刘涌的生命随着一审、二审和再审判决在生死线上徘徊。一审判决之后，14 位法律专家应邀出具《法律意见书》，对刘涌案件在一审过程中出现的法律问题予以评论并提出审判意见。此举在社会上引起了强烈的反响。近年来，在法院审理案件的过程中，常出现一方邀请或双方当事人分别邀请法律专家举行“专家论证会”，并向法院递交“专家法律意见书”的现象，这对法院审理案件产生一定的影响。由此也引出了关于专家意见书的性质、作用等法律问题的争论。

本文拟对上述几个问题，从法理上加以综合分析，并就我国如何完善司法实践提出一孔之见。

五、黑社会性质组织犯罪与“保护伞”的关系

（一）问题的引出

1989年以来，以刘涌为首的黑社会犯罪团伙，为非作歹、称霸一方、流氓成性、残害无辜、违规经营、偷逃税款、拉拢民警、大肆行贿。由于有一些不法官员的保护，才使刘涌一伙人从街头的地痞，迅速发展成为带有黑社会性质的犯罪组织。

刘涌的“保护伞”最直接的有三人：原沈阳市检察院检察长刘实、原沈阳市和平区劳动局党组书记高明贤、原沈阳市中级法院副院长焦玫瑰。刘涌通过贿赂和平区劳动局党组书记、副局长的高明贤，拿到了处于商业繁华区的“中华商场”承包权；并在其帮助下于1996年4月，顺利地当选为和平区政协委员，于1997年7月当选沈阳市人大代表。刘涌通过向马向东行贿，以行政划拨的方式无偿获得了价值3.5亿元的商业用地。刘涌为迅速占住这块地盘，用打、砸的方式强行拆迁了那里的房屋。光天化日下在沈阳著名商业街砸迁，引起社会广泛关注，但由于沈阳市有关领导的包庇，事情一直没有解决，这更助长了刘涌的气焰。刘涌还和当时的沈阳市市长慕绥新交往很深，刘涌称其为“大哥”。对这些，刘涌直言不讳：“我想当人大代表，是为了有政治生命，提高政治地位；我给领导送礼，是因为领导手中有权，遇到麻烦事好找他们帮忙，生意才能赚钱”。刘涌曾多次因刑事案件被公安机关刑事拘留，但由于刘家在当地罗织起一个庞大的关系网，每次都能化险为夷。刘涌一案还有8名干警参与其中，刘涌曾说：“我走到哪都愿意带警察，他们身上有枪，有安全感”。

如果没有政府官员和人民警察为刘涌撑腰，他早该在1989年的宁勇伤害案中被判刑处罚了。然而他30多次犯罪活动从未被惩罚，一方面由于刘涌关系网的保护使其免受追究，另一方面也由于受害者不报案、敢怒而不敢言，惧怕刘涌犯罪集团的报复。例如，1999年5月沈阳中街大药房被刘涌一伙打砸，值班经理被打成重伤，不仅没有警察过问，连据实报道此事的辽沈晚报也牵连遭殃，最后还得以晚报道歉、药房老总刘凤江低声下气求和而告终。甚至在刘涌被抓了以后一些受害人仍不敢谈及刘涌的犯罪事实，就是因为刘涌这个犯罪集团有一定的靠山，他们心有余悸。一位曾被刘涌团伙成员残害的个体户在刘涌团伙被捕后，向当地报社表示：“我现在只能观望，看看事态发展如何，刘涌能不能定罪、怎么定、定不了罪又会出现什么情况，我对最后的结果很担心”。群众不敢与黑社会分子斗争，从而给警方的调查取证带来了非常大的困难、纵容了黑社会分子。

这一切说明了刘涌背后有一把硕大而结实的“保护伞”。如果没有强大的

"保护伞"，刘涌黑社会性质的犯罪团伙无论如何也发展不起来。黑帮与"帮黑"是一棵树上的两个毒瓜，黑帮穷凶极恶心狠手辣有恃无恐，源于有"帮黑"做后台，做"保护伞"。"帮黑"因为有黑帮的金钱物品贿赂，所以才置党纪国法于不顾，而包庇纵容，冒天下之大不韪。由此看来，黑帮不可怕，可怕的是黑帮与"帮黑"狼狈为奸，使黑帮如虎添翼，更加猖狂。①

（二）黑社会性质组织犯罪与其保护伞

1. 我国刑法对黑社会性质组织犯罪的规定

（1）黑社会性质组织犯罪的含义。根据我国《刑法》第 294 条的规定，"黑社会性质组织②，是指以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作歹，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的组织。"

我国刑法中对于黑社会性质组织犯罪的定义并未严格地适用法律术语，而是使用了一些带有一种文学描述性的词语。事实上这一定义并未对黑社会性质有组织犯罪给予严格界定，在司法实践中留下很大的自由裁量的余地。作为我国刑法中所称的黑社会性质组织犯罪，或称"带黑社会性质的犯罪"，是一种有组织犯罪，是指某些集团犯罪已具有黑社会犯罪的某些痕迹和性质，但还不具备黑社会犯罪的完整特征，相对于黑社会犯罪而言规模较小、犯罪活动大多数仍停留在初级阶段、犯罪的经济目的性明显而政治目的尚不突出、活动区域和势力范围较小，属于在犯罪集团之上，向黑社会犯罪过渡的一个中间形态。其社会危害性比一般的集团犯罪严重，但不及典型的黑社会犯罪。

（2）我国对于黑社会性质组织犯罪的认定。有组织犯罪的全球化趋势发展迅猛，对世界各国的经济社会发展及社会的正常秩序构成严重的威胁。在我国，带有黑社会性质的犯罪集团已经出现，横行乡里，称霸一方，为非作歹，欺压、残害群众。黑社会性质组织犯罪的出现并逐步升级，引起了相关部门的高度重视。伴随着 1983 年、1996 年、2001 年三次"严打"的进行，我国的立法、司法部门对涉黑犯罪的认识也不断变化。这种认识的不断变化突出体现在立法和司法解释对黑社会性质组织认识的变化上。

1997 年，《刑法》第 294 条创造性地规定了黑社会性质组织犯罪的三个罪名。这是我国首次在法律上明确了黑社会性质组织犯罪。1997 年的《刑法》第

---

① 参见杨不扬：《黑帮与"帮黑"》，载《承德日报法制周刊》，2002 年 1 月 2 日第 2 版。

② 许多学者认为，黑社会犯罪的关联罪名有四个，即除刑法第 294 条所规定的三个罪名外，还包括刑法第 191 条所规定的洗钱罪。此处作者只针对刑法第 294 条所规定的三个罪名。

294 条规定了黑社会性质组织犯罪的三个罪名：组织、领导、参加黑社会性质组织罪、入境发展黑社会组织罪、包庇、纵容黑社会性质组织罪。

刑法规定我国存在黑社会性质组织而不是“黑社会组织”，这主要是因为：无论是理论界还是实践部门，大多数人都认为我国还没有像意大利黑手党那样大规模的黑社会组织，但带有黑社会性质的犯罪已经出现并日益严重，一些犯罪组织已基本具备意大利黑手党、香港三合会等黑社会组织所具有的典型的组织特点和犯罪手法。

虽说《刑法》第 294 条还存在这样或那样的不足，如对黑社会性质的组织的称谓和文学性描述语言，以及缺乏操作性而备受理论界和实践部门批判。[①] 但它毕竟是我国首次在法律上确认黑社会性质组织犯罪，从无到有的意义是不言而喻的，更何况法律的威慑力，总是对犯罪存在预防作用。最为关键的是，其为我国司法工作人员在审理此类案件时提供了法律依据，从而更有利于打击黑社会性质组织犯罪。根据《中华人民共和国刑法学习纲要》（以下简称《学习纲要》），所作的详细解释，黑社会性质组织应该具有以下特征[②]：①组织的严密性。这种具有黑社会性质的组织，一般是人数众多，成员固定、内部成员之间具有严格的身份等级与隶属关系，并且有严密的帮规或者会约，在其首领的领导下形成一个较为严密的组织系统。②有组织地进行犯罪活动。这种具有黑社会性质的犯罪组织成立后，便在其组织者的统一领导和指挥下，有预谋、有计划、有分工地进行犯罪活动。③必须以暴力、威胁等其他手段为后盾。

《学习纲要》的三点规定虽然对黑社会性质组织作了具体说明，使司法实践部门在操作过程中的依据标准更加明确，但实际上仅根据《学习纲要》的规定还很难让司法机关工作人员区分黑社会性质组织和一般犯罪集团及犯罪团伙，造成在司法实践中黑社会性质组织犯罪难以认定。以至于自 1997 年刑法颁布以后的两三年里实际办案很少。[③]

2000 年 12 月 10 日施行的《最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《司法解释》）列举了黑社会性质组织的特征。这使得我国黑社会性质组织的规定由模糊变得清晰，该《司法解释》规定黑社会性质组织具有如下特征：①组织结构比较紧密，人数较多，有比较明

---

① 参见王子书：《我国黑社会性质组织罪的立法变迁》，载《社会科学家》，2003 年第 1 期，第 62—66 页。

② 参见邱格屏：《黑社会与黑社会性质组织概念之比较分析》，载《福建公安高等专科学校学报》，2003 年第 5 期。

③ 参见张捷：《“黑保护伞”引发的法律问题》，载《南方周末》，2002 年 5 月 9 日第 2 版。

确的组织者、领导者，骨干成员基本固定，有较为严格的组织纪律。②通过违法或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力。③通过贿赂、威胁等手段，引诱、逼迫国家工作人员参加黑社会性质组织活动，或者为其提供非法保护。④在一定区域或者行业范围内，以暴力、威胁、滋扰等手段，大肆进行敲诈勒索、欺行霸市、聚众斗殴、寻衅滋事、故意伤害等违法犯罪活动，严重破坏经济、社会生活秩序。

《司法解释》在《学习纲要》的基础上，认为黑社会性质组织还应具有“经济实力”和“保护伞”这两个重要的特征，并对黑社会性质组织的反社会性作了更为详尽的论述，这相对于《学习纲要》而言是一个质的飞跃，是对黑社会性质组织特征的正确把握。它不仅使我国法律关于黑社会性质组织的规定由粗到细，而且使得我们对黑社会性质组织的认识由模糊走向了清晰，黑社会性质组织和一般犯罪集团及犯罪团伙的界限也自此泾渭分明，打击黑社会性质组织犯罪的力度因而大大增强。《司法解释》的出台，的确对打击我国黑社会性质犯罪起到了一定的作用，全国各地司法实践部门相继审理了一批黑社会性质组织案，并判决了不少组织、参与黑社会性质组织的犯罪分子。

2002 年 4 月 28 日，九届全国人大常委会第 27 次会议表决通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》（下简称《立法解释》）。2001 年 11 月，最高人民检察院向全国人大常委会提出对《刑法》第 294 条第 1 款作出立法解释的要求。当时黑社会性质组织犯罪是重点打击对象，对黑社会性质组织坚持着“打早打小、露头就打”的刑事政策，同时一些专家学者也认为黑社会性质组织罪中的“保护伞”特征是致使一些犯罪被排除在“黑社会性质组织罪”之外的重要因素。因此，2002 年 4 月 28 日，九届全国人大常委会第二十七次会议表决通过了《立法解释》，规定黑社会性质组织应该同时具备以下特征：①形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；②有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动；③以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；④通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定的区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。

与最高人民法院的司法解释相比，立法解释对黑社会性质组织的界定最大的区别是其扩大了黑社会性质组织的外延，即取消了关于“保护伞”的必要性规定，而把通过实施违法犯罪活动称霸一方，在一定区域或行业内形成非法控制或重大影响，即所谓“恶势力”也规定为黑社会性质的组织。

2. 黑社会性质组织中的“保护伞”

（1）“保护伞”的含义。所谓黑社会性质组织的“保护伞”，是一个形象化的比喻，主要是指国家机关工作人员为黑社会性质组织提供各种便利或非法保护而涉及职务犯罪的情况，以及国家工作人员组织、领导、参加黑社会性质组织，包庇、纵容黑社会性质组织的情况。①

当一些黑恶势力处于完成罪恶的原始积累，渐向分工明确、管理严格、组织有序的黑社会形态发展阶段时，为了降低运营成本，减少各种犯罪活动的风险，通常采用以金钱开路，“拉出来”或“派进去”的办法，积极主动地向国家权力部门内部渗透，寻求各种“保护伞”，以便对社会进行更安全、更可靠地欺诈和掠夺，这也是西方各国黑社会性质组织发展到一定阶段后共有的一个活动特点。我国公安机关侦破的一些重大黑社会性质组织犯罪案件也都呈现出这一特点。

从已经处理的黑社会性质组织犯罪看：“保护伞”主要是以下几类人员：司法干警、海关、工商、税务人员，县、市政府主要负责人。通过对随机抽取的83件黑恶势力刑事犯罪与严重经济犯罪背后的“保护伞”案件进行分析，在83起个案的犯罪嫌疑人中，公安干警31人，占总数的37%；海关、工商、税务工作人员23人，占总数的27%；地方政府部门负责人11人，占13%；其他行政执法部门工作人员9人，占9%；检察人员8人，占9%；法院1人，狱政人员1人。② 由此观之，现时期黑社会性质组织犯罪分子腐蚀、拉拢的主要对象是具有打击刑事犯罪、维护社会治安职能的司法人员、对获取巨额非法利益至关重要的经济要害部门的国家工作人员，以及拥有稀缺资源调配权和能提供最大政治保护的政府主要负责人。他们主要通过以自己、亲属、朋友的权力和名誉为黑社会性质组织谋取巨大经济利益；对黑社会性质组织的违法犯罪活动予以包庇纵容，开脱罪责，为黑恶势力大开方便之门。在诉讼环节上，他们通常会阻挠办案、干涉侦查，将大事化小、小事化了，或者为黑社会性质组织掩盖犯罪事实，为其通风报信、贻误抓捕的有利时机，使犯罪嫌疑人长期逍遥法外。

（2）“保护伞”的特点。笔者认为，黑社会性质组织的“保护伞”具有以下三方面的特征：

第一，隐蔽性。从黑社会性质组织的实例看，黑社会性质组织在寻求“保护伞”的过程中，往往追求具有较大的保险系数、可靠性和隐蔽性极强的领导人员。黑社会性质组织的“保护伞”，往往以工作职务作掩饰，以上级领导、主管

① 参见孙勤：《我国刑法中黑社会性质组织探析》，载《人民检察》，2002年第4期。

② 参见陈正云、苗春瑞：《“保护伞”职务犯罪剖析》，载《人民检察》，2001年第9期，第27—31页。

或分管领导的身份借处理工作为名，以各种合法名义保护黑社会性质组织。通常在暗中活动，想方设法为黑社会性质组织开脱罪责，妨碍和阻止立案、侦查、起诉、审判和执行判决。黑社会性质组织犯罪因此很难得到查处，从而更难发现、调查涉黑的权力腐败。这种情况形成一种恶性循环，造成黑社会性质组织发展壮大和加重腐败。

第二，群体性。当今的黑社会性质组织的保护伞已不是一个人两个人那么简单，而往往是一群人织成的一张保护网。以刘涌案为例，在刘涌的黑社会性质组织背后牵涉出的腐败官员，包括沈阳市市长、副市长以及 24 名副局级以上的领导干部，其中 17 人是党政机关一把手。这些充当“保护伞”的人往往是“关键部门”的“关键人物”，他们交际广，活动能力强，无论是涉及司法部门还是行政部门，都能接触上并通过各种渠道为黑社会性质组织疏通关口、开脱罪责。充当“保护伞”的官员之间形成了依靠权力非法获得经济利益的共同体，并与黑社会性质组织之间也构成了共生互动的关系，互相保护。

第三，区域性。从我国一些黑社会性质组织犯罪案件来看，参与并充当“保护伞”的人主要以本地领导干部为主，既有当地党政主要领导，也有金融财政、政法机关的领导干部。我国黑社会性质组织的保护伞呈现出区域性，一方面是由于我国的黑社会性质犯罪组织总体看还处于发展的初始阶段，还没有能力也没有必要在其所处区域之外去发展保护群体有关。另一方面也说明为黑社会性质组织提供非法保护须具备特定条件，即须是有职、有权的领导干部和执法人员，并以重要部门和重点岗位为主。这些重要岗位和重点人员一般都以本地的党政机关、公检法机关、经济执法部门的领导干部为主体。

（3）“保护伞”是黑社会性质组织的特征之一。根据《立法解释》，“保护伞”未被认定为黑社会性质组织犯罪的选择要件，立法机关认为“在一般情况下，犯罪分子要在一定区域或行业内形成非法控制或重大影响，若无国家机关工作人员的包庇或纵容是难以实现的。但也不能排除尚未取得国家机关工作人员的包庇或纵容，通过有组织地实施多次犯罪活动形成黑社会性质的组织的情形”。[①] 对于“保护伞”是否是黑社会性质组织的必备特征这一问题，理论界也存在着分歧。

主张认定黑社会性质组织不需要具备“保护伞”的学者认为：①虽然从我国已摧毁的黑社会性质犯罪组织的情况看，绝大多数有“保护伞”，而且没有“保护伞”提供的保护，黑社会性质组织也不可能存在和发展。但是我国《刑法》第

① 参见卢建平：《有组织犯罪比较研究》，法律出版社 2004 年版，第 178 页。

294条关于黑社会性质组织的规定，并未将“保护伞”作为必要特征。[①] ②对于明显、典型的黑社会犯罪组织而言，要求其具有寻求“保护伞”或保护网的特征是必要的，但是对于黑社会性质组织而言，要求其必须具备这一特征则不免过于苛刻。如果将“保护伞”作为黑社会性质组织的必要特征，则对于一些本可以以黑社会性质组织罪论处的犯罪组织将会陷入进退两难的境地，有轻纵犯罪之嫌。[②] ③其他国家的法律以及国际组织的规定中对黑社会组织的规定，也没有规定具有“保护伞”这一特征。寻求“保护伞”是黑社会组织建立自我防护体系的措施之一，而非必然具有的特征。[③]

主张认定黑社会性质组织必须具备“保护伞”这一特征的学者认为：①国家工作人员参加黑社会性质组织能够真正对其予以非法保护的，才能表明其具备“保护伞”特征。[④] ②黑社会性质组织的本质特征是对社会的非法控制，为了实现对社会的非法控制，黑社会性质组织必然要加强对政府的渗透。这种对政府的渗透也是黑社会性质组织区别于一般犯罪集团的一个重要特征。[⑤] ③想要获得巨额的经济利益和犯罪收入，缺乏权利的保护和支持是很难达到的。因此，促使掌权者腐败和将自己的实力渗透到权力部门，是一切黑社会性质组织必然要做的一件大事。可以说，寻求政治“保护伞”是黑社会性质组织生存和发展过程中带有规律性的东西。[⑥] ④如果只强调其他三个特征，而不要求具备“保护伞”这一特征，将导致对黑社会性质组织的后台、“保护伞”的放纵。司法机关普遍认为发现和摧毁黑社会性质组织的难点在于“保护伞”作用，如果不能挖出黑社会性质组织背后的“保护伞”，就难以彻底摧毁黑社会性质组织。[⑦] ⑤之所以强调黑社会性质组织必须具备4个特征，而不是3个特征（“保护伞”特征被排除），不单是为了严厉打击黑社会性质组织成员所从事的具体犯罪行为，更主要的是为了从根本上铲除黑社会性质组织赖以生存的政治基础。黑社会性质组织若得不到“保护伞”的保护，是难以形成和长期存在的，也不可能从一般的犯罪集团发展、演

---

① 参见孙颖正、逄锦温：《黑社会性质组织的司法认定》，载《人民司法》，2002年第1期。

② 参见黄京平、石磊：《论黑社会性质组织的法律性质和特征》，载《法学家》，2001年第6期。

③ 参见张明楷：《黑社会性质组织的本质特征》，载《检察日报》，2002年3月29日。

④ 参见赵秉志、许成磊：《论黑社会性质组织的成立条件》，载陈明华、郎胜、吴振兴主编：《犯罪构成与犯罪成立基本理论研究》，中国政法大学出版社2003年版，第1103—1112页。

⑤ 参见张军：《谈谈黑社会性质组织犯罪》，《刑事审判参考》，法律出版社2001年版，第82—83页。

⑥ 参见卢建平：《有组织犯罪比较研究》，法律出版社2004年版，第177页。

⑦ 参见余宏荣、胡建福：《试论黑社会性质组织犯罪》，载《中国司法评论》，人民法院出版社2001年版，第180页。

变为此种特殊的犯罪集团。①

笔者同意"保护伞"为黑社会性质组织犯罪的特征之一。我国在立法上采用黑社会性质组织犯罪集团而不直接使用黑社会组织并非否定其黑社会组织的本质，而只是在程度上有所差异，这与我国社会所处的阶段是有一定联系的。寻求"保护伞"的庇护是黑社会性质组织发展的必然手段，我国的黑社会性质组织为了谋求发展也必然寻求保护。因此"保护伞"应为黑社会性质组织犯罪的特征之一。而且用钱铺路，拉拢关系网的行径与当地司法机关和党政机关领导的职务型犯罪互为因果，往往在黑社会性质犯罪的大案要案背后，隐匿着一些司法机关和党政机关领导职务犯罪的要害。② 将"保护伞"列为黑社会性质组织犯罪的特征之一，在打击黑社会性质组织犯罪时，深挖"保护伞"，不但有利于打击黑社会性质组织犯罪，同时对于减少腐败犯罪也是十分有益的。

（4）黑社会性质组织与"保护伞"的关系。我国黑社会性质犯罪呈现出一个明显不同于国外黑社会性质组织犯罪的特征，即与腐败"联姻"，在腐败的滋养和权力的庇护下发展壮大，并与腐败在犯罪的道路上相互照应，形成了当前严重扰乱社会治安秩序、影响社会稳定、阻碍社会发展的罪恶"双驾马车"。③ 黑社会性质组织与腐败分子狼狈为奸，共同实施犯罪，两者的关系可以概括为操纵型、雇佣型、一体型和亲情型四种④：

第一，操纵型，即黑社会性质组织操纵腐败分子。黑社会组织为了使自己的犯罪行为披上合法的外衣，通过种种手段控制住腐败者的身心乃至仕途发展，迫使其心甘情愿为黑社会组织所用，用腐败者手中的权力为黑社会性质组织的犯罪行为作掩护。

第二，雇佣型，表现为黑社会性质组织与腐败分子为了彼此的利益，临时相互勾结起来，利用对方的权势或人员力量为自己清除经济或政治上发展的障碍。具体来说有两种情形：一是黑社会性质组织雇佣腐败者，利用腐败者手中的权力为自己谋利，达到独霸一方的罪恶目的。另一种是腐败分子雇佣黑社会性质组织，采取暴力手段消灭自己在仕途上的对手，以达到自己谋官、夺官、保官等不

① 参见卢建平：《有组织犯罪比较研究》，法律出版社 2004 年版，第 177 页。

② 参见康树华：《犯罪何以增多——贪污腐化是罪魁祸首》，载《贵州警官职业学院学报》，2002 年第 1 期，第 66—68 页。

③ 参见佚名：《黑社会与腐败联姻四大形式 已形成"双驾马车"》，http：//dailynews. tyfo. com/news/domestic/block/html/2002101100212. html，2002 年 10 月 11 日。

④ 参见佚名：《黑社会与腐败联姻四大形式 已形成"双驾马车"》，http：//dailynews. tyfo. com/news/domestic/block/html/2002101100212. html，2002 年 10 月 11 日。

可告人的罪恶目的。

第三，一体型，是指有的腐败分子本身就是黑社会组织的老大，他们权倾一方，贪污受贿，聚敛钱财，在自己的势力范围内肆无忌惮，为所欲为，信奉“顺我者昌，逆我者亡”的恶霸信条。这样的“官黑”势力，比起那些纯粹由流氓地痞组成的黑社会组织来，更加凶恶。

第四，亲情型，主要表现为一些身居领导岗位的腐败分子徇私枉法、徇情舞弊，为在黑社会组织内的亲属子女掩盖罪行、通风报信、说情乃至暗中支持其犯罪。

通过分析刘涌黑社会性质组织犯罪案，我们可以发现，黑社会性质组织寻找“保护伞”通常采取以下三种途径：

第一，在政府、司法等权力部门物色“保护伞”。犯罪分子要防止自己的犯罪行为不被处罚，最有效的措施便是拉拢、腐蚀国家工作人员，使他们不侦查、不追究自己的罪行，或者替自己消除证据、通风报信、提供庇护，为自己撑腰。这就决定了犯罪分子总是不遗余力、千方百计地贿赂腐蚀国家公职人员，向党政机关和政法部门渗透，建立牢固的权力关系网。刘涌案中的慕绥新、马向东、刘实、高明贤和焦玫瑰就是通过此种方式成为刘涌黑社会性质组织的“保护伞”。一旦这些人成为黑社会性质犯罪组织的“保护伞”，就必然发生“权力转换的问题”，即将政府的部分权力转化为黑社会性质犯罪组织的权力，“使其可以轻而易举地获取为所欲为的通行证”。[①]

第二，发展、吸收政府、司法等部门的官员加入黑社会性质组织，使其利用手中的权力直接为黑社会性质组织提供“保护伞”。由于目前我国存在严重的腐败现象，尤其是司法腐败为黑社会性质组织发展、吸收权力部门官员加入黑社会性质组织提供了可乘之机，总有一些手握国家权力的人，为满足个人私欲，置国家法律、人民利益于不顾，自甘堕落成为黑社会性质组织成员。刘涌案中的刘军、朱赤、孟祥龙、房挺和赵铁军则属于此种。他们表面上是司法机关工作人员，但实际上却是黑社会性质组织的成员，积极参与黑社会性质组织的犯罪行为。

第三，利用黑社会性质组织强大的经济实力向权力部门渗透，为黑社会性质组织的犯罪活动提供直接保护。黑社会性质组织经过资本的原始积累，聚敛大量的钱财后，往往以合法的形式渗透到某一经济领域之中。为了保护其非法利益，黑社会性质组织千方百计将自己的实力渗透到权力部门中去，以寻求更好的生存

① 参见王润生：《我国黑社会性质背后的政治因素》，载《公安大学学报》，2000年第4期。

和发展空间。刘涌曾任沈阳市人大代表便是一例，黑社会性质组织之所以热衷于将黑手伸向权力部门，就在于可以更隐蔽地以合法的外衣掩盖其非法的目的，为其更好地实施违法犯罪捞取合法的通行证。

上述黑社会性质组织“保护伞”形成的三种基本模式，并非孤立存在的，而是相互联系、相互作用的。在黑社会性质组织形成的初期，为生存和发展的需要，黑社会性质组织由于缺乏与权力部门的必要联系，因而通常采取第一种方式即在政府、司法等权力部门物色“保护伞”。当黑社会性质组织发展到一定的规模后，黑社会性质组织除继续采取第一种方式物色“保护伞”外，还尽可能地采取软硬兼施等手段，发展、吸收政府和司法等部门的官员加入黑社会性质组织，为黑社会性质组织的犯罪活动寻求双重保护。随着黑社会性质组织在某行业或某地域形成非法控制后，黑社会性质组织并不满足于上述两种保护模式，其头目总是千方百计将自己或亲信安插到权力部门，通过向权力部门渗透，为黑社会性质组织的犯罪活动寻求重重保护，以便使其组织能够长期生存和发展下去。

（5）黑社会性质组织犯罪与权力腐败相互勾结原因分析。黑社会性质组织的“保护伞”，是黑恶势力犯罪分子与政府官员之间相互利用、相互勾结的结果，而这种勾结是符合双方利益需要的。因此，分析黑社会性质组织与权力腐败相互勾结的原因时，可以从宏观和微观两个方面着手。

第一，宏观原因。转型时期混乱的社会秩序是黑社会性质组织产生以及权力腐败的根本原因。改革开放推动着中国向现代工业社会迅速转型，由传统的计划经济向市场经济转轨。在这个转型过程中，生机和活力不断迸发，同时又伴随着新旧观念、新旧体制、新旧制度之间剧烈冲突，而一整套行之有效的社会保障体系和防范机制尚未完全确立。黑社会性质组织犯罪便是伴随社会转型时期而产生的，这也是世界各国黑社会组织犯罪的普遍规律。同样，也是由于社会处于转型时期，社会管理机制尚未健全，权力腐败随之产生。而只要黑社会性质组织一旦与权力腐败发生接触，便会产生双方相互勾结的现象。

第二，微观原因。一方面，寻求权力庇护是黑社会性质组织犯罪向黑社会犯罪发展的必然选择，“保护伞”的庇护加速了黑社会性质犯罪的发展。黑社会性质犯罪组织发展的内在动因是其自身的延续性、渗透性和扩张性，发展所带来的变化也是多方面的，有内部组织、经济，甚至还有政治上的，这就意味着黑社会性质犯罪组织的行为将与社会管理者的行为全面接触和碰撞。[①] 因此，为了更好地通过犯罪形式去攫取更丰厚的不义之财，避免受到法律的惩罚，他们会通过各

① 参见林倩：《涉黑犯罪与权力腐败关系之探源》，载《犯罪研究》，2003年第1期，第59—61页。

种手段拉拢政府官员，为其犯罪活动提供庇护。黑社会性质组织犯罪分子在政府官员和执法人员中寻求“保护伞”，并不是普通犯罪组织转化成为黑社会性质组织以后才开始，而是普通犯罪组织在向黑社会性质组织转化过程中就已经开始。犯罪组织要长期存在和发展，如果没有政府部门及其工作人员的保护是无法实现的。犯罪组织要想获取巨额的经济利益和犯罪收入，缺乏权力的保护和支持也是很难实现的，有组织犯罪能够从小到大，发展成为典型的黑社会犯罪，并能够作为一种社会历史现象在社会生活中存在和发展下去，主要是靠收买政府和司法官员，使权力腐败。所以，有组织犯罪还被称为依靠权力的犯罪。①

另一方面，黑社会性质组织经济实力的强大、组织体系的完善和向政治的渗透与介入，推动腐败从生活腐败、经济腐败向司法腐败、政治腐败全面扩展，导致了腐败的危害性日益加深。同时有些政府官员为了个人的穷奢极侈的生活，大肆收取黑社会性质组织提供的金钱加美女的贿赂。因此，在黑社会性质组织向权力部门内寻求“保护伞”的同时，权力部门内的一些腐败分子为了满足个人的私欲，也出现“傍黑”现象。当前，一些领导干部甘愿为黑社会性质组织充当“保护伞”，其根本原因就在于这些人的共产主义理想信念动摇，为人民服务的宗旨意识淡薄，艰苦奋斗、节俭朴素的优良作风丧失，个人主义、拜金主义、享乐主义膨胀，经受不住金钱和美色的考验，其中的深层原因大概有三：①某些政府管理部门疏忽了自己的管理责任，把党和人民赋予的权力拱手相让；②利益驱动，包括部门利益和某些个人利益；③可能有某些部门屈服于这股黑恶势力。

（三）从截断“勾结”入手打击黑社会性质组织犯罪

由于我国还处于社会主义初级阶段，还存在着滋生黑社会性质组织的土壤。短时期内黑社会性质组织犯罪还不能根除，黑社会性质组织将不断产生。如果不能有效地进行打击遏制，很可能升级为黑社会组织犯罪，到那时我们的打黑任务会更加艰巨。打击黑社会性质组织的犯罪，是一个长期而艰巨的任务，我们必须建立一个打击黑社会性质组织犯罪的长效机制。通过上述分析，我们更清楚地认识到，打黑必须与反腐败相结合，才能收到预期的效果。也只有坚决地打掉黑势力的“保护伞”，才能动摇黑社会性质组织犯罪发展的根基；同时，打黑也有助于反腐，对黑社会性质组织犯罪采取行之有效的打击措施，可以切断产生腐败的一个重要根源，也是对治理腐败的有力支持。

1.“勾结”的社会危害

---

① 参见第七届国际反贪污大会组委会秘书处学术部：《反贪污与社会的稳定和发展——第七届国际反贪污大会文集》，红旗出版社 1996 年版，第 981 页。

权力的庇护、金钱的基础和暴力的手段，形成了一种难以摧毁的腐败关系网，因而也就比一般的团伙犯罪和腐败犯罪具有更大的社会危害性。

（1）导致黑社会性质组织犯罪升级。一旦黑社会性质组织与腐败官员相互勾结，暴力与权力相结合，不仅会导致黑社会性质组织的犯罪活动不断升级，也会导致腐败犯罪的深化。黑社会性质组织拥有了“保护伞”，为追求更大的经济利益，必然充分利用“保护伞”的保护、庇护作用，更加肆无忌惮疯狂地实施犯罪行为，而充当“保护伞”的腐败官员为了个人私利或受到黑社会势力的利用、胁迫，也会竭尽全力地保护黑社会性质组织不被司法机关发现、查处，这客观上保证了黑社会性质组织的存在和发展，加速了黑社会性质组织向黑社会组织的演变。没有官员的腐败，真正意义上的黑社会就不会存在。另一方面，由于行政权力具有天然的垄断性，一旦与黑社会犯罪的残暴性相结合，与一般的以权谋私、权钱交易等腐败行为相比，其性质更为恶劣，在政治、经济和人民群众的正常生活中所造成的危害更为严重。腐败分子保障了黑社会性质组织的安全，必然会收到黑社会性质组织各种形式的好处。甚至一些腐败官员为了发展自己的仕途，利用黑社会性质组织的暴力手段打压竞争对手。黑社会性质组织与腐败分子的相结合，均为对方创造了更好的发展空间，即产生了“1＋1＞2”的现象。

（2）造成社会不稳定，严重危害了一方的社会治安和市场经济秩序，动摇了当地的执政基础。黑社会性质组织一旦在某一地方横行，必然会有介入人员多、周期长等特点，不仅消耗大量的人力和物力去发现、调查黑社会性质组织犯罪。在这种犯罪猖獗之时，黑社会性质犯罪组织实施的各种犯罪活动，通常涉及多人而且性质恶劣，扰乱当地治安稳定。黑社会性质组织通常会以合法的经营实体作为掩饰，有可能造成当地经济的虚假繁荣，这种畸形的发展实际上最终将给这个地方的经济带来毁灭性的破坏。而且相当多的黑社会性质组织犯罪的案件涉及党政干部多，在发案地区牵连数个高级官员，严重影响当地国家机器的正常运转。

（3）造成国有资产的大量流失。黑社会性质组织通过暴力手段获得巨大经济利益，又利用“保护伞”的能量不断聚敛钱财，同时涉黑腐败分子也获得更多好处：涉黑权力腐败案的涉案金额往往都特别巨大，例如刘涌案所牵涉出的“沈阳慕马腐败案”涉案金额高达 2 亿元。而且许多涉黑腐败官员将赃款转移至国外，造成国有资产的大量流失。

（4）提高办案成本。一旦黑社会性质组织受到司法机关的怀疑，准备予以打击、查处时，保护黑社会性质组织的腐败官员必然利用自己手中的权力加以干预甚至通风报信，司法机关在办案过程中遇到的干扰多、阻力大、执法难，严重影响依法办案。而黑社会性质组织的犯罪分子也不愿意供出其背后的“保护伞”，

使得司法机关很难发现深藏的“保护伞”。在这种情况下，即使黑社会性质组织受到一定的处罚，也难以从根本上予以消灭。

（5）弱化法律的权威性和威慑力。国家公职人员利用职权接受黑社会性质组织的贿赂，并为黑社会性质组织谋取非法利益，必然滥用职权，知法犯法，贪赃枉法，亵渎和践踏国家的法律，破坏国家法律的尊严、统一和正确实施。国家公职人员是由人民选举或委托从事公务的人员，他们是否遵守法律，依法履行公务，对社会法治观念的影响很大。如果国家公职人员与黑社会性质组织勾结，涉黑权力腐败现象严重，势必会从根本上动摇法律在公众心目中的地位和作用，导致法律调节功能的丧失，从而弱化国家法律的权威性和威慑力。同时，这将使党和政府的形象遭到严重损害，大大削弱了党和政府的威信。

2. 切断黑社会组织与腐败官员的联系

黑社会性质犯罪组织之所以能够坐大成势，在一个地方危害达数年之久，一个重要的原因就是有党政干部特别是政法干警为其充当“保护伞”。不在摧毁黑社会犯罪组织的同时彻底查清其“后台”、“保护伞”的话，在整个侦查、审理的过程中就会阻力重重、成效不大。即使勉强结案、判决，也不能够彻底消灭黑社会性质犯罪组织。一定条件下，该组织还有可能东山再起。因此，结合近几年的“打黑除恶”经验，笔者认为对待这个问题我们必须举起“打黑除恶”和“反腐倡廉”两柄正义之剑，惩防并举，做到治标又治本。在打击黑社会性质组织时，必须始终坚持“三个彻底”，即彻底摧毁犯罪组织，彻底摧毁其经济基础，彻底打掉“保护伞”①，并且把彻查“保护伞”作为打黑除恶的关键点来抓。在实践中可以采取以下措施：

（1）完善立法。加强关于有组织犯罪的刑事立法，明确界定有组织犯罪及其特征，对关于有组织犯罪的实体法和程序法作出相应具体的规定。

与其他国家及港、澳、台地区的关于有组织犯罪的法律相比，我国内地关于有组织犯罪的法律较少且不完善。我国现行的有组织犯罪的相关法律法规主要包括：《刑法》第 294 条规定了组织、领导、参加黑社会性质组织罪、入境发展黑社会组织罪和包庇、纵容黑社会性质组织罪以及《刑法》第 191 条规定的洗钱罪；《最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》；《全国人大常委会关于刑法第二百九十四条第一款的解释》；其他关于有组织犯罪的规定，主要包括刑法关于毒品犯罪、恐怖活动犯罪及其与枪支弹药等武器有关的犯罪的规定；《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安

---

① 参见黄立：《保护伞研究》，载《河北法学》，2005 年第 8 期，第 91—94 页。

全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于〈中华人民共和国刑事诉讼法〉实施中若干问题》第 11 条关于律师参加组织、领导、参加黑社会性质组织罪刑事诉讼的规定。而黑社会性质犯罪作为涉案人员众多、犯罪活动多样、反侦查能力强、具备一定的经济能力和政治背景、查处困难的特殊犯罪类型，需要有专门的、详尽的刑事法律，才能确保打击和预防有组织犯罪的有效性。根据我国加入的国际社会关于有组织犯罪的相关文件，借鉴国外的关于有组织犯罪的经验，应树立欲“扫黑”，先建制的观念①，进一步完善我国反黑社会性质犯罪的立法，为打击和预防这类犯罪提供完备的法律依据。具体而言，应当从以下四个方面完善我国惩治黑社会性质组织犯罪的立法：

第一，增设财产刑。获取巨额经济利益是黑社会性质犯罪的本质特征，贪利性是其最明显的特点，但我国刑法对该罪没有规定财产刑。在司法实践中有的法院对黑社会性质的犯罪判处财产刑。有的法院则不判处财产刑。有的法官认为对黑社会性质犯罪被告人判处财产刑于法无据，而有的法官认为对黑社会性质犯罪被告人不判处财产刑，则不足以惩罚被告人。② 笔者认为应该为黑社会性质组织犯罪设置财产刑。没收黑社会性质组织成员部分或者全部财产或者判处罚金，破坏其经济基础，是釜底抽薪，从经济方面剥夺犯罪组织的犯罪能力。不但打击效果明显，而且也可以防止黑社会性质组织日后死灰复燃，再次作恶。

第二，提高对黑社会性质组织犯罪的法定刑。从世界范围来看，打击有组织犯罪刑罚趋于更重。我国现行刑法对组织、领导黑社会性质组织罪规定的最高刑是 10 年有期徒刑。该法定刑有偏轻的嫌疑，黑社会性质犯罪是有组织犯罪，对国家和社会造成的危害较一般犯罪集团要大。它严重破坏经济秩序，腐蚀政治机体，严重威胁社会治安，具有极大的社会危害性，提高其法定刑是罪刑相一致原则的体现。在对黑社会性质组织罪成员的刑罚执行上，应限制缓刑、假释的使用，并规定可以构成特殊累犯。

第三，从程序方面规定证人保护措施和制度，为充分获得证人的合作提供基础。例如具体规定侦查、起诉和审判黑社会性质组织犯罪成员的程序，建立侦查的卧底、监听、情报制度以及起诉、审判的保密、保障证人人身安全制度等。

第四，针对境外有组织犯罪渗透和有组织犯罪的严重危害，建议增加入境从

---

① 参见靳高风：《黑社会性质犯罪防治对策研究》，载《福建公安高等专科学校学报》，2005 年第 1 期，第 16—20 页。

② 参见吴健勇：《我国黑社会性质有组织犯罪的界定、原因及对策研究》，载《社科纵横》，2004 年第 2 期，第 65—66 页。

事有组织犯罪活动罪、参加境外黑社会组织罪、自称黑社会组织罪、资助黑社会性质犯罪组织罪，引诱、教唆、威逼未成年人参加黑社会性质犯罪组织罪，引诱、威逼、拉拢国家机关工作人员参加黑社会性质犯罪组织罪等。

（2）要加强社会管理，截断黑恶势力的渗透渠道

第一，应加强市场监管，有效防范犯罪。从查办案件的情况看，黑社会性质组织向经济领域渗透，通过欺行霸市、垄断经营牟取暴利，是黑社会性质组织称霸一方、腐蚀国家工作人员并向政界渗透的物质基础。为杜绝上述现象的发生，主管部门首先要加强对市场主体的监管，一旦发现黑恶势力欺行霸市、垄断经营，就要坚决取缔。针对一些地区的文化娱乐场所被黑恶势力所把持的现象，要严格清理整顿文化娱乐场所，规范娱乐场所经营秩序。要坚决打击赌博、卖淫、放高利贷等非法活动，防止黑恶势力从中攫取非法利润，从而得以立足和壮大。要重点加强经济部门的行业管理，防止黑恶势力插手合法经济领域活动，积累实力。并且坚决制止执法部门人员经营、操纵或插足娱乐业、餐饮业等行业场所，以防止被腐蚀和拉拢，切实维护公职人员的纯洁性。

第二，在打击各种涉黑犯罪时，要充分发挥人民群众的巨大作用，坚持走群众路线。日本学者在总结日本摧毁暴力集团的经验时说，除了用打击的手段来摧毁黑社会性质组织外，应通过公安机关与群众联合的力量，从社会中排除黑社会性质组织。支持黑社会性质组织的基础之一是社会各界存在默认或利用其的土壤。因此，在政法机关为民众提供更多的救济渠道的同时，大力宣传、号召群众进行全民性的反黑运动，也是控制该类犯罪的有效措施。我国应加强法制宣传教育，增强广大干部群众的法制观念和与犯罪行为作斗争的自觉性。党和政府部门要通过各种渠道向社会表明严厉惩治黑恶势力及“保护伞”的决心，号召和鼓励群众检举揭发，树立正气，形成良好的社会氛围。要加强基层政权的组织建设，把“群防群治”工作做到实处。树立威信，提高效能和社会行政能力，整顿治保、调解组织，改变其软弱瘫痪、无所作为的被动局面。加强对黑社会性质犯罪的社会控制。[①]

（3）必须加强党政干部和司法队伍的廉政建设。我们在严厉打击黑恶势力的同时，必须清醒地认识到其“保护伞”的存在与危害。党政干部不用职权为人民谋利益，而与黑恶势力犯罪分子同流合污，为其犯罪活动提供保护，应该说这是最大的权力腐败，这也是当前黑恶势力不断蔓延与猖獗的一个主要原因。遏制黑

① 参见吴健勇：《我国黑社会性质有组织犯罪的界定、原因及对策研究》，载《社科纵横》，2004年第2期，第65—66页。

恶势力犯罪的有效方式之一是国家机关中的有关人员，特别是政法队伍中的官员保持廉洁自律。

第一，党政干部特别是执法部门要加强思想政治教育，使党员、干部提高政治觉悟，加强道德修养，强化政权意识、法律意识和责任意识，树立正确的人生观、价值观、权力观和利益观，牢记全心全意为人民服务的宗旨，继承和发扬艰苦奋斗的优良传统。从而在思想道德上构筑起坚固防线，经得起权力、金钱、美色的诱惑，增强自身拒腐防变的免疫能力。要完善廉政法律制度建设，使各级领导干部真正做到自重、自省、自警、自励，以身作则，率先垂范，并带头同腐败现象作斗争。① 同时建立健全监督制约机制，严格对各级干部的任用、教育、管理和高度重视广大群众和新闻舆论的监督作用。只有加强队伍建设，特别是政法队伍建设，筑牢拒腐防变的思想防线，各级国家工作人员廉洁奉公，不同黑恶势力狼狈为奸，办事认真负责，才能及时发现黑社会性质组织并对其进行应有的打击，才能真正做好打黑除恶的工作。

第二，要大力加强廉政法制建设，尽快形成具有中国特色社会主义的廉政法律、法规体系。通过法律规定、条例规范、制度约束来防止腐败行为，同时加大对黑恶势力的"保护伞"的查处力度。应该加快制定《防止腐败法》、《公务员廉洁法》、《政务公开法》、《公务员财产申报法》等，使法律能够对权力进行有效的制约，从而使得公务人员有规可守，有章可循，使那些想去腐败的分子不敢也不能够腐败。② 作为打黑第一线的侦查部门要注意及时发现黑恶势力的活动迹象和线索，做到露头就打，防止其势力坐大，向政权部门渗透。在办案过程中一旦发现其幕后有"保护伞"，要取得上级的支持和其他部门配合，严格办案工作纪律，收集证据，注意深挖，严格依法严惩，除恶务尽，决不姑息。严惩腐败，捅破"关系网"和"保护伞"。腐败必然导致犯罪活动的有恃无恐和升级，这是中外历史反复证明了的事实，所以在"打黑除恶"的过程中，必须要严肃法纪、严格查处、严厉惩治才能彻底打击违法乱纪行为和腐化堕落分子。要深挖"保护伞"，斩断关系网，断绝黑恶势力的依靠。

第三，针对大量黑社会性质组织犯罪分子腐蚀、拉拢的主要对象是对其获取巨额非法利益至关重要的如海关、工商、税务等经济要害部门的国家工作人员的情况，为进一步防范走私、制假售假、骗税等犯罪分子与海关、工商、税务等要

---

① 参见龚美华、姜俊华：《刍议涉黑犯罪与保护伞》，载《南昌高专学报》，2005年第5期，第33—34页。

② 同上注。

害经济部门国家工作人员相勾结，主管部门应有的放矢，健全、完善系统监督机制，加强上级对下级的监督。实行监察、审计人员委派制，加大监察、审计力度，定期或不定期地开展执法、执纪大检查，及时发现和处理存在问题。[①] 包括改革海关现行管理体制和进一步健全税收管理制度，形成严格的税务稽查制度等。

第四，适薪助廉，建立完备的公积金制度。我国还处于社会主义初级阶段，经济还不发达，而公务员的宗旨是全心全意为人民服务。但是，我们可以适薪助廉，适当地提高国家机关工作人员的薪金水平，使之在社会生活中可以达到中上水平，然后严格禁止他们从事营利活动和职务贪占行为，坚决查处他们的以权谋私、权钱交易行为。此外，我国可以建立比较完备的公积金制度。在国家公务员退休后，不仅享有退休养老金，而且还有较优惠的公积金，生活会过得很好。同时要建立合理的分配体系，实行合理的分配制度，减轻人们的仇视心理，减少社会对立和社会冲突[②]，减少社会的摩擦。建立完善的社会保障体系，保障低收入群体的生活稳定，增强人们对社会的信任感和依赖感，从而减轻社会压力和社会紧张。

六、死刑案件中的刑讯逼供问题

（一）问题的引出

刘涌在铁岭市中级人民法院一审被判处死刑立即执行，而辽宁省高级人民法院经过二审判处刘涌死刑，缓期 2 年执行。虽然死刑立即执行与死刑缓期执行同属死刑范围，但是二者之间却存在着天壤之别：被判处死刑缓期执行的犯罪分子，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2 年期满以后，便可减为无期徒刑；如果犯罪分子确有重大立功表现的，2 年期满以后，可减为 15 年以上 20 年以下有期徒刑。也就是说被判处死刑缓期 2 年执行的犯罪分子在缓刑期间，只要不故意犯罪就可以保留性命。而一旦刘涌可以保留性命，就很有可能通过各方“活动”，从而可能很快地减刑，或者采取保外就医等方式摆脱牢狱之苦，甚至得以继续为非作歹，实施犯罪行为。这样的担心并非杞人忧天，因为在此之前，辽宁省高级人民法院已对一个与刘涌一样恶贯满盈的“黑帮霸主”邹显卫改判过死缓。而死缓判决生效后，邹显卫通过各种关系转到辽宁省大连监狱服刑，大连监

① 参见陈正云、苗春瑞：《“保护伞”职务犯罪剖析》，载《人民检察》，2001 年第 9 期，第 27—31 页。

② 参见吴健勇：《我国黑社会性质有组织犯罪的界定、原因及对策研究》，载《社科纵横》，2004 年第2 期。

狱为他造假立功、减刑两次，并办理了保外就医。之后邹显卫率团伙持枪在大连开发区一家洗浴中心寻衅滋事，开枪打死1人、重伤1人。[①] 刘涌的“活动能力”决不会比邹显卫逊色。如前文所述，刘涌的黑社会性质组织在沈阳拥有巨大的“保护伞”。如果把刘涌放到沈阳监狱，是不是也能如邹显卫一般在短时间内“卷土重来”也未可知。

刘涌在二审时被改判死刑缓期执行，按照法院的认定，“刘涌系该组织的首要分子，应该按照其所组织、领导黑社会性质组织所犯的全部罪行处罚，论罪应当判处死刑，但鉴于其犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度以及本案的具体情况，对其判处死刑，缓期二年执行”。可见辽宁省高级人民法院在判决书以及公开的报道中并没有明确说出改判死刑缓期执行的原因，而仅使用了“鉴于其犯罪事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度以及本案的具体情况”这些含糊的词语。但刘涌的辩解和他的律师的辩护意见中曾声称沈阳的公安部门在取证过程中存在刑讯逼供的情况。辽宁省高级人民法院在判决中认为“不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供”。一时间，刑讯逼供曾被认为是刘涌得以逃离死境的重要原因。

为了进一步研究刑讯逼供在死刑案件中的影响，笔者作出以下假设：

假设刘涌案中，可以证实公安干警在侦查过程中对刘涌实施了刑讯逼供，那么二审法院的改判是否具有合理性？

再假设，刘涌在侦查阶段遭到了刑讯逼供，并且侦查机关根据刑讯逼供所得口供进一步侦查，才发现其他足以证实刘涌所犯罪行的证据。那么此时二审法院能否以刘涌遭受刑讯逼供而不判处刘涌死刑，甚至将其无罪释放？

笔者进而又想到另外一种假设：刘涌黑社会性质组织在沈阳拥有巨大势力，甚至在公安系统也拥有爪牙。假设某一接受侦查刘涌案件任务的公安干警碰巧就是刘涌黑社会性质组织的一员，或者刘涌的亲属通过贿赂、威胁等手段使某一侦查人员对刘涌进行了刑讯逼供。同时刘涌的辩护律师则以刘涌遭受刑讯逼供为由，排除若干证据。在这种情况下，二审法院又该如何判决？如果二审法院对刘涌改判死缓甚至宣告无罪，这种故意的刑讯逼供是不是成了罪犯逃避刑罚处罚的一种手段呢？

笔者拟通过回答以上三个假设所提出的问题，对死刑案件中的刑讯逼供问题

---

① 参见佚名：《黑社会老大刘涌会成为辽宁第二个“虎豹”吗?》，http://china.qianlong.com/4352/2003/08/28/45@1563725.html，2003年8月28日。

加以法理上的分析。

（二）刑讯逼供的非法性及非法证据排除规则

1. 刑讯逼供及其非法性

刑讯逼供是指在刑事诉讼过程中，司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人采用肉刑、变相肉刑或精神折磨的方法以逼取口供的行为。所谓肉刑，也叫身体刑，主要指用械具或刑具进行摧残，或者用捆绑、吊起、殴打等对身体器官或肌肤造成痛苦的方法。所谓变相肉刑，主要是指长时间罚站、罚跪、罚冻、罚饿、曝晒、不准睡眠、“车轮战”审讯等虽不直接伤害身体但造成精神痛苦等其他折磨手段或方法，个别残忍的还有采取喂吃脏东西或其他下流方法。

刑讯逼供、诱供以及其他非法取证手段已为我国立法明文禁止。我国《刑法》第 247 条明确规定：“司法人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪从重处罚。”我国《刑事诉讼法》第 43 条规定：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”

刑讯逼供虽然是封建专制司法制度的产物，但在我国现阶段的司法实践中仍大量存在，是严重侵犯人权、危害司法公正的执法行为，与现代文明、法制社会格格不入，给我国的社会主义法治建设带来了极大的危害，其危害后果主要表现在如下方面：

（1）刑讯逼供严重侵犯公民的权利。刑讯逼供直接侵害了犯罪嫌疑人的基本人权，侦查人员为了获取口供对犯罪嫌疑人进行拷打、威逼利诱、连续审讯、超期羁押，严格限制其诸如饮食睡眠等基本的生理需要，使犯罪嫌疑人的人身、财产、精神等各方面权利都受到严重侵害，甚至丧失了作为一个人而生存的基本权利。刑讯逼供不仅伤害了犯罪嫌疑人的肉体，同时还剥夺了被刑讯者的人格尊严和意志自由，严重违背了法律的人道精神，严重侵犯了人权。

（2）极易造成冤假错案，错罚无辜却放纵真正的犯罪。由刑讯逼供铸成冤假错案的悲惨事例屡见不鲜。近年来，被媒体披露的昆明杜培武冤案[①]、佘祥林

① 杜培武，案发前系云南省昆明市公安局戒毒所民警。1998 年，其妻与他人幽会时双双被杀，杜培武被列为首号犯罪嫌疑人，屈打成招，被判处死刑，缓期两年执行。所幸真凶落网，2000 年 7 月，杜培武洗清冤情，重获自由。刑讯逼供者受到法律制裁。

“杀妻”冤案①、李化伟“杀妻”案②、王树红“强奸杀人”案③等冤案，都是由司法机关刑讯逼供造成的。大多数犯罪嫌疑人都会因被逼得生不如死而“招供”，而这些被逼出来的“口供”一经采信，冤假错案便诞生了。无辜者背着莫须有的罪名接受国家的刑事处罚，其合法权益遭到了更大程度的侵害，甚至连生命都会被剥夺。而与此同时，却客观上放纵了真正的犯罪分子，使之逍遥法外，给社会带来新的隐患。刑讯逼供一旦造成冤假错案，不仅难以有效打击真正的犯罪分子，还会更严重地导致人权侵害。

（3）刑讯逼供损害司法权威，使人们对司法制度产生对抗心理，激化社会矛盾，不利于社会稳定。对于犯罪嫌疑人、被告人而言，受到刑讯逼供，往往会增加其对立情绪，引发不服判决，出现要求上诉、申诉，甚至缠诉的现象，以致增添新的社会矛盾。使用暴力逼取口供还可能会使被刑讯者产生强烈的反抗和报复心理，一旦其重获自由后，很有可能实施新的、危害性更大的犯罪，从而给社会带来更大的危害。对于广大公民而言，刑讯逼供不断造成冤假错案，容易激起民愤，导致民众对司法权威的质疑，对社会正义失去信心，导致社会不稳定。刑讯逼供者名为执法，实为违法犯罪，是以一种犯罪来对抗另一种犯罪，践踏了程序正义，容易引发公民对法律信仰的动摇。司法工作人员执法犯法，滥用国家权力，直接有损司法机关在人们心目中的形象和法律的权威性。在法治社会中人们解决利益纠纷的最后途径是采用法律手段，冲突双方依靠司法程序寻求公平正义，如果连最后的司法途径都无公平可言，还要人为地制造冤案，那么在失望之余，难免有过激行为，危及社会的稳定④。

（4）刑讯逼供是国家权力的滥用，极易导致司法腐败，危害司法公正。国家

---

① 佘祥林，湖北省京山县雁门口镇何场村人。11年前，他涉嫌杀死妻子被判处死刑，后被法院以故意杀人罪改判有期徒刑15年。11年后，“亡妻”张在玉突然现身，使冤案得以揭开真相。2005年4月13日，京山县人民法院再审佘祥林故意杀人案，当庭判决无罪，立即释放，并告知他可在判决生效后依法申请国家赔偿。

② 李化伟，辽宁营口人。1986年10月29日，他有孕在身的妻子被杀害在家中。公安机关将李化伟列为重大犯罪嫌疑人。公安局的办案人员连续3天3夜未让他休息，并不时打他。到了后来，李化伟没办法，让他说什么就说什么。最后，经过一、二审，李化伟被判处死刑缓期两年执行。李化伟服刑14年后，当年杀害其妻子的真凶江海落网，李化伟被无罪释放。

③ 王树红，丘北县农民。2002年8月28日，年轻女子朱永琼被人杀害在县城里的安乐旅社中，死前曾遭到强奸。侦查机关通过电刑逼供等手段认定王树红为该案凶手，并将其羁押。后另一案件告破才抓住真正的凶手。而此时王树红已被羁押299天并造成七级残疾，胸11、12及腰1、2椎体轻度陈旧性压缩性骨折，腰部呈130度弯曲，无法直立，走路必须拄拐杖，活动能力严重受限。

④ 参见胡广平：《刑讯逼供的存在原因及遏制对策》，载《山西省政法管理干部学院学报》，2006年第3期。

赋予侦查机关打击犯罪的刑事追诉权，但这项权力必须在合法范围内行使，法律明令禁止刑讯逼供，而一旦侦查机关超越权限执法，则为司法腐败提供了生长的温床。司法腐败是各种腐败中影响最坏、破坏力最强的腐败毒瘤，是最恶劣的腐败。因为司法是社会正常秩序的最后一道保护屏障，司法一旦与腐败结缘，社会秩序就会陷入不公、不正、不义之中。

2. 非法证据排除规则

（1）非法证据排除规则。非法证据排除规则是指违反法定程序，以非法手段获取的供述和非法搜查、扣押的实物证据，因证据来源违法而导致其效力被排除，不得作为证据采纳的一项证据规则，除非法律另有规定，司法机关不得采纳非法证据并将其作为定案证据的规范。

确立非法证据排除规则，顺应了现代法治国家刑事诉讼制度文明化、民主化、科学化的潮流，是现代法治理念的体现。非法证据排除规则对于抑制违法侦查、维持司法制度的廉洁性以及保障人权具有重要的意义。它协调了刑事诉讼惩罚犯罪和保护人权这两大价值目标之间的冲突，在刑事司法理论和实践当中有着十分重要的意义和价值。

非法取得的证据能否在法庭上作为证据提出，能否作为对被告人定罪的根据，是刑事诉讼中最易发生价值冲突的问题。[①] 正因为此，许多国家在立法或司法判例中确立了非法证据排除原则。联合国大会 1975 年 12 月 9 日第 3452 号决议通过的《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》第 12 条规定："如经证实是因为受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚而作的供词，不得在任何诉讼中援引为指控有关的人或任何其他人的证据。"之后，联合国大会 1984 年 12 月 10 日第 3946 号决议通过并开放签署的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 15 条进一步完善了前述规定，即"每一缔约国应确保在任何诉讼程序中，不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据，但这类口供可用作被控施用酷刑者刑讯逼供的证据。"以联合国文件的形式确立非法证据的排除规则，体现了国际社会关于人的尊严和基本权利不受非法侵犯的观念，表明了国际社会对于违法取证的谴责和否定态度。《宣言》和《公约》不仅规定了排除以酷刑获得的口供的原则，而且要求各缔约国要将一切酷刑行为定为刑事罪行，并规定适当的惩罚。从而使非法证据排除原则成为了一项刑事诉讼国际准则。[②]

① 参见刘善春、毕玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社 2000 年版，第 174 页。

② 参见来君：《试论非法证据排除规则》，载《攀登》，2005 年第 5 期。

（2）非法证据排除规则——以美国为范例。排除规则（the exclusionary rule）是美国最重要的宪法权利救济方式，也是迄今为止适用最广、争议最大的一种程序性制裁措施。1914 年美国联邦最高法院在 Weeks v. U. S. 一案中首创非法证据排除规则。该规则要求，对于警察通过侵害公民宪法权利的方式获得的非法证据，无论其是否具有相关性，法院都应禁止其出现在法庭上，尤其不允许其为陪审团所接触；如果此类证据出现在法庭上，法官应当立即排除其证据效力，实施裁判者也不得将其采纳为认定事实的根据。[①]

此处的“非法证据”是指警察以侵犯公民宪法权利的手段获得的证据。通常包括以下四项宪法权利[②]：①联邦宪法第四修正案关于不受无理搜查和扣押的权利；②联邦宪法第五修正案关于不被强迫自证其罪的权利；③联邦宪法第六修正案关于被告人获得律师帮助的权利；以及④联邦宪法第五和第十四修正案关于未经正当法律程序不得被剥夺自由、财产和生命的权利。这些证据主要包括非法逮捕所得的证据，非法搜查、扣押所得的实物证据，非法讯问所得的被告人供述，非法辨认所获取的证据等。

1920 年的 Silverthorne Lumber Co. v. U. S. 一案的判决则进一步涉及以非法搜查所获证据为线索取得的衍生证据的可采性问题。该案的裁判建立了非法证据排除规则延伸适用于通过以非法搜查得来的信息为基础所获得的其他证据，即由非法证据所衍生的第二手证据也在排除之列。[③] 1939 年 Nardone v. U. S. 案的法兰克福特大法官在裁决意见中第一次使用“毒树之果”的概念，其后若干案件中“毒树之果规则”不断完善和成熟。“毒树之果规则”（fruit of the poisonous tree doctrine），是指如果警察以违反宪法的手段所获取的证据是不可采纳的，那么所有由该证据所派生出来的其他证据也同样应被排除。“毒树之果规则”将非法证据排除规则扩大适用于那些由违宪行为所间接派生出来的证据。这样的证据主要有：警察在对被告人采取非法逮捕后，经过讯问所获得的被告人有罪供述；警察经非法讯问并获得供述后，又根据供述的信息逮捕了新的被告人，从而获得了新的供述；警察经过非法讯问后，了解到某一实物证据的所在地，从而经过搜查获取了该证据。[④] 之后，“毒树之果规则”进一步发展，形成例外规则，即规定如

① 参见陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，人民大学出版社 2003 年版，第 52 页。

② 同上注。

③ 参见［美］乔恩·R·华尔兹：《刑事证据大全》，何家宏等译，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 252 页。

④ 参见陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，人民大学出版社 2003 年版，第 52 页。

果毒树之果符合证据的客观性和关联性，仍然可采信。[①] 包括：稀释或清洗污染规则、独立来源规则和最终或必然发现规则。[②]

毒树之果规则的逻辑依据与非法证据排除规则是相同的，即采纳“果实”势必成为引诱或鼓励相关工作人员对“毒树”的运用，以查明案件事实为借口，恣意违反程序和权限，侵犯公民或其他组织的基本权利，“锤杵之下，何求不得”，证据的客观真实性难以保证，而且会提供规避非法证据排除规则的通道，使之形同虚设。[③]

（3）我国非法证据排除规则。我国已于1988年9月批准加入联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，并在禁止以酷刑等手段取证方面作出了努力。在我国，刑讯逼供、诱供以及其他非法取证手段已为立法明文禁止。

第一，我国宪法中规定中华人民共和国公民的人身自由、人格尊严、住宅、通信自由与通信秘密受法律保护，任何组织（特别是国家机关）或个人非经法定程序不得侵犯或限制、剥夺。可见，我国宪法对刑讯逼供、非法搜查等非法取证的行为是持否定态度的。

第二，我国《刑事诉讼法》第43条规定，“审判人员、检察人员、侦查人员必须按照法定程序收集各种证据，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”同时对于非法取证、侵犯公民合法权益的行为，《刑法》第247条规定：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力取证，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第234条、第232条的规定定罪从重处罚”。也就是说非法取证造成他人伤残，以故意伤害罪从重处罚；造成他人死亡，以故意杀人罪从重处罚。并且《中华人民共和国检察官法》、《中华人民共和国法官法》等也规定了相应的惩罚、制裁措施。这些规定均表明，中国立法对于非法取证行为的彻底否定态度。

---

① 参见刘善春、毕玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社2000年版，第165—167页。

② 稀释或清洗污染规则（attenuated-connection principle），即最初违法性的污染可以由被告或第三方的独立行为所“清洗”，非法性与证据之间的因果关系由此被断开或证据的非法性被稀释，并因此具有证据能力；独立来源规则（independent-source principle），即如果案件的事实情况由独立来源获得，而非单纯利用非法证据为线索的，则该项证据仍不失可采性；最终或必然发现规则（inevitable discovery rule），即控方只要能以足够有力的证据证明非法取得的这项证据，最终或必然会以合法手段取得，这项证据仍具有可采性。闫海：《非法证据的衍生证据规则探讨——美国毒树之果理论述评》，载《社科纵横》，2006年第2期。

③ 参见闫海：《非法证据的衍生证据规则探讨——美国毒树之果理论述评》，载《社科纵横》，2006年第2期。

第三，最高人民法院在1998年《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第61条中明确规定，“严禁以非法的方法收集证据，凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法方法取得的证人证言、被害人的陈述、被告人的口供，不能作为定案证据”。最高人民检察院在1999年修订的《人民检察院刑事诉讼规则》第140条中也明确规定，“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法获取供述”；第160条规定，“不得采用羁押、刑讯、威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法获取证言”；第265条规定，“严禁非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的证据”。鉴于刑讯逼供的严重性，最高人民检察院在2001年1月2日向全国各省、市、自治区的检察院发出通知。通知要求：“各级人民检察院要严格贯彻执行有关法律关于严禁刑讯逼供的规定，明确非法证据排除规则……发现犯罪嫌疑人供述、被告人陈述、证人证言是侦查人员以非法方法收集的，应当坚决予以排除，不能给刑讯逼供等非法取证行为留下余地”。公安部在《公安机关办理刑事案件程序规定》中规定：“公安机关必须依照法定程序收集各种证据，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗或者其他非法的方法收集证据”。

到目前为止，我国刑事诉讼立法中已初步确立了非法证据排除规则，但同其他国家的非法证据排除规则相比，仍存在不少缺陷，例如排除的非法证据法范围过窄、没有配套的证据规则以及非法证据衍生证据的可采性问题等方面均需要进一步完善。

3. 回答假设一、假设二所提出的问题

通过上述对刑讯逼供的非法性质、非法证据排除规则及其衍生规则的国际惯例和我国适用情况的分析，我们可以对假设一和假设二所提出的问题进行回答。

（1）假设一：刘涌案中，如果可以证实侦查人员在侦查过程中对刘涌实施了刑讯逼供，那么辽宁省高级人民法院的改判是否具有合理性？

笔者认为即使证实侦查人员曾对刘涌实施刑讯逼供，辽宁省高院的改判仍存在以下问题：

第一，根据我国现行诉讼法的规定，即便刘涌的所有口供全是通过刑讯逼供得来的，只要存在其他可以互相印证的证据，仍然可以认定犯罪。根据最高人民检察院的《人民检察院刑事诉讼规则》第265条规定“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据”和《刑事诉讼法》第46条“没有被告人供述，证据充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚”的规定。假

如刘涌的全部口供通过刑讯逼供取得，则刘涌的口供作为犯罪嫌疑人供述应予以排除证明力。又根据判决书的记载，刘涌所犯组织、领导黑社会性质组织罪、故意伤害罪、抢劫罪、非法持有枪支罪、非法经营罪、妨害公务罪等均有被害人陈述、证人证言以及鉴定结论予以证实。因此即便排除刘涌的口供也是足以根据其他证据认定其所犯的诸多罪行。

第二，辽宁省高级人民法院撤销原审判决的后果固然是推翻对被告的定罪量刑，但是这不应单独带来量刑的变化。刑事诉讼证据是正确认识刑事案件事实的客观依据，也是正确定罪量刑的基础。① 如果刘涌的口供因为由刑讯逼供所得而排除其证明力，那么必然会对定罪量刑产生影响，会出现定罪与量刑均变化的情况，而不仅仅是从死刑立即执行改为死刑缓期 2 年执行。毕竟因为被告人受到刑讯逼供而对其加以减刑，这无论如何都不符合非法证据排除规则的基本原理，也与现行刑事诉讼法和最高法院司法解释的规定相悖。②

（2）假设二：刘涌在侦查阶段受到了刑讯逼供，并且侦查机关根据刑讯逼供所得口供进一步侦查，才发现其他足以证实刘涌所犯的罪行的证据。那么此时二审法院能否以刘涌遭受刑讯逼供而不判处刘涌死刑，改判其他刑罚，甚至将其无罪释放?

笔者认为，在这种情况下，对刘涌罪行的认定也不会发生巨大变化，法院改判其他刑罚甚至无罪释放的可能性很小。

因为我国目前法律、法规中对于非法证据的衍生证据的可采性问题均没有明确作出规定。但是，最高人民检察院的《人民检察院刑事诉讼规则》第 265 条规定，“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据。人民检察院审查起诉部门在审查中发现侦查人员以非法方法收集犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言的，应当提出纠正意见，同时应当要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证，必要时人民检察院也可以自行调查取证”。这一重新调查取证的规定，不排除一种可能——有关部门以“刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述为线索来收集其他证据作为重新指控的依据”。③ 也就是说，对于非法证据的衍生证据，即“毒

① 参见汪建成：《刑事诉讼法学概论》，北京大学出版社 2003 年版，第 165 页。

② 参见陈瑞华：《判决书中的正义——从刘涌案件改判看法院对刑讯逼供的处理问题》，载《政法论坛》，2003 年第 5 期。

③ 参见闫海：《非法证据的衍生证据规则探讨——美国毒树之果理论述评》，载《社科纵横》，2006 年第2 期。

树之果”，我国司法机关倾向于保留衍生证据的证明力。

我国刑事诉讼学界在如何对待“毒树”与“毒果”的问题上，有两种不同的基本观点：一种是“砍树弃果”论，即采用与美国“毒树之果”规则相同的排除衍生证据的可采性；另一种是“砍树食果”论，即非法证据的证明力被排除而保留其衍生证据的证明力。①

基于我国目前刑事诉讼法存在的诸多不合理内容，以及我国既要严厉打击刑事犯罪，又要加重保护人权的力度的司法状况。笔者认为，在我国当前国情以及现阶段民众对司法的理解程度下，“砍树食果论”更为合适。因此，即便刘涌的口供因为刑讯逼供而被排除证明力，由其口供而获得的其他证据，在我国现阶段仍应具有证明能力，予以采信。因此法院仍可以根据这些证据对刘涌定罪量刑。前文已述，排除刘涌口供，而依据其他证据，仍可以认定刘涌的犯罪事实，而对刘涌判处适当刑罚。

必须指出的是，笔者对于非法证据衍生证据的证明力的确认，是在认定刑讯逼供的非法性和非法证据必须予以排除的前提之下作出的。不能因为衍生证据具有可采性，便在实践中为了获得衍生证据，而实施刑讯逼供。一旦发现在侦查过程中存在刑讯逼供的情况，必须依据有关法律、法规对当事人予以认真的处理。

（三）程序正义与实体正义问题

正义，是法律制度所要实现的最高理想和目标，也是人们用来评价和判断一种法律制度具有正当根据的价值标准。

1. 程序正义的价值所在

从前文所述的杜培武、佘祥林、李化伟以及王树红的案件中可以看出，这类冤假错案的发生，与司法机关刑讯逼供，违反正当程序有莫大的关联。可见，程序正义的价值在于：

（1）程序正义保证犯罪嫌疑人、被告人受到公正的对待，这种公正对待的核心其实是使他们作为人的人格尊严和内在价值得到尊重。程序正义旨在表达一种最基本的思想：一个人在国家裁判机构作出对其利益有利或者不利的裁判时，应当至少能够处于一种可与裁判者就如何对待他的问题进行理性的协商的地位，即强调尊重程序参与者作为自主、负责和理性主体的地位，要求裁判机构与他一起参与裁判结论的形成过程，向他论证裁判结论的合理性和正当性，从而使他成为

① 参见汤尚濠：《刑讯逼供：既是毒树，更是毒果——论如何有效防止侦查阶段的刑讯逼供行为》，载《中国律师》，2005年第4期。

裁判结论制作过程中的协商者、对话者、辩论者和被说服者，其作为人的尊严和价值得到充分的尊重。[①] 只有犯罪嫌疑人与裁判者处于相对等的地位时，才有可能受到公正的对待。

（2）程序正义是实现实体正义的保障。通过符合正义要求的法律程序所形成的裁判结论更接近实体真实。法律程序的正当性与裁判结论的正当性尽管在理论上各有其独立的标准，但在具体法律实施过程中却是绝对不能分离的：根据不公正的法律程序作出的裁判结论即使查明了事实真相，并在适用法律上完全正确，也不能具有完整的正当性，裁判结论的正当性要受裁判过程或者程序的制约。[②] 而依据正当程序作出的裁判，即便在事实上可能与真实情况略有偏差，至少是令人信服的。

（3）程序正义标准能够确保法律实施活动发挥最佳的效果。程序正义发挥其特有功能的基础仍在于其形式合理性及广泛的可接受性。无论是被裁判者对裁判结论制作过程的有效参与，裁判者在外观上保持对控辩双方不偏不倚和平等对待的态度，还是裁判者向被裁判者明确阐明裁判结论据以形成的根据和理由，这些程序正义要求都具有一种十分明显的符号象征意义：使被裁判者对裁判者的大公无私性、法律程序对其权益的关注以及裁判结论的合理性产生最大程度的信任和满意，能够亲眼看到、亲身感受到自己确实受到公正的对待，而没有仅仅被作为国家用以实现社会整体利益的根据和手段。[③] 被裁判者往往更容易接受通过正当程序所达成的判决结果。其他社会公众对于这种通过公正程序作出的裁判结论的正当性也是信服的。这样的结果比不顾程序而一味追求实体真实所作出的裁判更容易实现效果。

2. 程序正义的价值缺陷——以辛普森杀人案为例

（1）辛普森杀人案。辛普森（O. J. Simpson），曾是美国著名橄榄球运动员。1994 年因涉嫌谋杀前妻及其男友而被检方起诉，但因警方在证据收集的程序上存在大量漏洞，使原本好似确凿的证据变得无力和不可信。经过一年的审理，辛普森被当庭宣布无罪，仅被判定为在民事上对两人的死亡负有责任。

（2）程序正义的价值缺陷。这样的审判结果在美国引起轩然大波，但平静之后，公众接受调查的时候，对是否认为辛普森有罪，回答是 yes，对是否认为辛普森受到了公正的审判，回答也是 yes。辛普森是否真的杀了人已经无从得知，

---

① 参见陈瑞华：《论程序正义价值的独立性》，http：//www. jcrb. com/zywfiles/ca512588. html，2006 年 5 月 10 日。

② 同上注。

③ 同上注。

但辛普森在法律面前、在证据面前，在形式上是无罪的。但毕竟有人在 1994 年 6 月 12 日的深夜杀害了妮科尔及其男友，而且多数人仍然认为辛普森就是作案的凶手。假如这一事实成立，那么引人思考的问题是：一个几乎靠常识都可以辨别出来的犯罪事实，而经法庭审理程序，为何反而导致对于犯罪的否定呢？这便是程序正义在价值上存在的缺陷的表现，即程序正义并不一定导致实质上的正义。相反，看似完美的程序原则很可能给投机取巧者提供机会，成为庇护犯罪的合法掩饰。

3. 回答假设三所提出的问题

假设三：刘涌黑社会性质组织在沈阳拥有巨大势力，甚至在公安系统也拥有爪牙。假设某一接受侦查刘涌案件任务的公安干警碰巧就是刘涌黑社会性质组织的一员，或者刘涌的亲信通过贿赂、威胁等手段使某一侦查人员对刘涌故意进行了刑讯逼供。而刘涌的辩护律师则以刘涌遭受刑讯逼供为由，排除若干证据。那么在这种情况下，二审法院又该如何判决？如果二审法院对刘涌改判死缓甚至宣告无罪，那么这种故意的刑讯逼供是不是成了罪犯逃避刑罚处罚的一种手段？

如果司法人员为了通过刑讯逼供排除有关证据而使某一犯罪嫌疑人摆脱惩罚，严格依照非法证据排除规则，确实存在罪犯逃避刑罚处罚的可能。但是通过辛普森一案，我们可以看出，美国的司法制度对程序公正和确凿证据的重视程度，远远超过了寻求案件真相和把犯罪绳之于法。司法过程中有一个重要的内容是对诉讼事实证明标准的理解，司法裁判必须以一定的事实为基础，对这种事实的判断构成诉讼证明标准的中心环节，司法者奉行何种诉讼证明标准对司法的结果公正影响颇大，这也是司法理念的重要内容之一。对此，西方的现代司法理念推崇“法律真实论”，即案件事实是指法律真实，司法者能够认知的不是客观事实而只能是法律事实，法律事实是由司法者严格依照实体和程序规则通过推理而拟制的事实。只要这种事实的认定是严格依照法律来运作的，就应当认定此事实的法律效力，而不管其与客观事实是否一致。法院能够认定的只能是诉讼上能够证明的事实而不是无法证明的客观事实。美国整个宪法和司法制度的核心，就是在于限制权力和司法的滥用，保障公民权利和遵循正当程序。的确存在着注重程序公正而枉纵了犯罪人的可能。但是总的来说程序公正的利大于弊，因为程序的公正避免了国家及其权利的滥用。美国最高法院大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes. Jr.）认为：罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多。[①] 因此我们不能因为存在着放纵犯罪的可能便放弃了正当程序。

① 参见侯惠勤、陈湘文、李义松：《重大历史案例的法例研究》，湖南人民出版社 2003 年版，第 335 页。

针对刘涌案所作的第三个假设，便是在刑事司法中对正义的构成以及取舍问题。如果确实发生了假设中的情况，某一侦查人员利用非法证据排除规则对刘涌实施了刑讯逼供，以期因此排除了刘涌口供的证明力。前文已述，根据我国目前的法律规定，存在其他可以互相印证的证据，即便没有犯罪嫌疑人、被告人的供述，仍然可以对刘涌所犯的罪行予以认定，从而对其正确定罪量刑。

由此可见，我国目前的刑事司法的价值取向与美国刑事司法的价值取向存在巨大的差异。假如刘涌一案在美国的司法体制下进行审判，刘涌在受到了刑讯逼供后，很有可能便不会被判处死刑，甚至存在被无罪释放的可能。但美国的司法体制是在美国社会中产生、发展的。美国的刑事司法中的价值取向并不当然地适应我国当前的社会状况。我们必须植根于我国社会的特点和法治现状来确定我国当前的刑事司法正义观的构成和取舍。

4. 当前中国刑事诉讼的正义观取舍

（1）我国注重实体正义的法制理念的原因。我国在证明标准中一贯奉行“客观真实”的司法理念，强调追求案件的全部真实事实，强调“有错必纠”。这种理念符合长期以来我国社会的主流评判标准以及社会公众对司法活动的期望，这种理念如运用合理，对及时纠正错案、维护个案正义是有益的，但这种客观真实理念也是有弊端的，它与司法公正的目标还是有着多方面的冲突：如造成判决的不确定性、助长了司法者的任意裁判权、违背司法中立性原则、漠视了被追诉人的人权保障等，故对此应当予以适度改进。与英美法法系对程序的重视相比，中国传统的法律理念和制度都是重实体而轻程序的。我国的这种法制理念的存在是有一定的历史原因的：

第一，历史传统。在中国悠久的历史中，人们对于正义的诉求一直没有停歇，但漫长的封建时代，普通民众往往不能通过法律得到公正的审判，因而没有建立起对法律的信仰和敬畏。中国人更愿意相信“青天大老爷”，更容易通过“以血还血、以牙还牙”的方式去追寻他们心中的正义。我们现在正义价值取向的基础正是人们内心意念的体现。传统的力量是强大的，我们不可能在短期内历史传统的颠覆。

第二，民心众意。中国没有西方那样自发的法治进程，没有稳定成熟的市民社会基础，大多数人表现出对法律的不信任，他们宁可相信自己内心道德上对正义的判断。所以，刘涌改判死缓，怨声四起，民心不稳的压力直指法院和政府。而中国自古就是一个把“得民心者得天下”作为立国之策的国家，所以最高院提审再判死刑也就不奇怪了。现阶段，中国不能完全不顾民众的意见，我国政府负担不起失去民心的代价。

第三，惩恶扬善的宗旨。中国法制迅速发展不过是近 20 年的事，法律的整体水平，司法人员的素质乃至法学家的水平和西方发达国家相比都处在一个较低的层次，法律程序不健全。过分强调追求程序正义可能使一些人逃脱法律的制裁，这样反而偏离了通过程序正义保障实质正义、惩恶扬善的目的。很可能使法治在还没有展示出其巨大的作用时就在这个剧烈变革的社会中、在人们的心中夭折了。

（2）当代中国刑事司法的正义观取舍。正是由于我国民众对于实体真实的追求，在很多情况下忽视了程序真实的价值。这便产生了我国刑事司法中实体正义与程序正义之间的冲突：如果牺牲程序实体价值，就可以查明事实的“真相”，从而实现实体公正价值，但这样无疑会对犯罪嫌疑人、被告人的权利造成侵害。但事实上，犯罪行为发生在刑事诉讼活动之前，依照当前人类的科技水平是不能重现犯罪过程的，也就无从发现真正的事实。刑事诉讼活动只能通过正当的程序，来无限接近实体真实。就刑事司法正义价值的取舍而言，我国的理想理念应当包含两个方面，即坚持客观真实与法律真实并存的理念。[①]

对实体正义的追求是法制的内在要求，实体公正永远是刑事诉讼不懈的价值追求。但是根据人类现有的认识能力，事实真相是无法完全获得的，这决定了实体公正实现上的有限性。而且对实体公正的客观评价标准也是很难统一的。针对同一案件和同一结果，不同的人对其结果的公正性会产生不同的认识。与此相反，程序公正的评价标准则是具体的、明确的、易把握的。因此，程序正义的价值是不容忽视的。如果仅仅将实体正义的实现寄托于少数有权者身上，实体正义也是靠不住的。在刑事诉讼中，实体公正更多的是体现社会共同体的利益，而程序公正则更多的是关注个体利益，而社会共同体的利益则有强大的国家权力作保障。如果为了获得事实真相而不择手段，则会有国家权力假借维护社会利益之名肆意践踏个体利益之嫌，会产生可能存在不公正的假象，所以不能为了追求实体真实，而对程序正义有一丝一毫的放弃。但如果一味地追求程序正义，可能会使程序的复杂程度增加，可能需要在个案中投入大量的司法资源，包括人力、物力、财力、时间等。虽然在个案中可以最大限度地实现程序正义，但代价是个案中诉讼资源耗费过大，诉讼时间过长。与此同时将会对实体正义和整个社会程序正义的实现造成延误。

只有将实体正义与程序正义相结合，追求实体公正与程序公正价值的平衡，才能真正的实现现代法治下的正义观。在我国现阶段办理死刑案件时，如果出现

① 参见宁松：《浅析刑事审判理念》，载《玉溪师范学院学报》，2005 年第 2 期。

刑讯逼供的情况，所得的非法证据必然要予以排除其证明力。在实践中一方面应当做到坚持实体正义，秉持有错必纠观念，对限于条件未能及时发现的事实错误，在诉讼过程中一旦出现新事实，就应当予以及时纠正；另一方面也必须坚持程序的正当性，只要是符合程序法的规定而获得并证实的事实，就应认定其合法有效，不能以客观真实为借口不断进行随意更改。

七、民意对死刑适用的影响

（一）问题的引出

刘涌二审改判死刑缓期执行之后，立刻引起民愤，对于刘涌这样可以用“暴敛钱财、不择手段，为非作歹、称霸一方、流氓成性、滥杀无辜、暴力抗法、心狠手辣、凶残报复”等词语形容的黑社会老大，竟然没有处以死刑立即执行，而仅处以死刑缓期执行，使其能够保留性命，是难以令人信服的。经过再审，最高人民法院最终判处刘涌死刑立即执行，赢得了一片喝彩，许多人认为大快人心，为民除害，不但维护了司法权威，而且显示了中国打击黑恶势力，实现社会治安的根本好转，全力维护稳定的决心。

最高人民法院以审判监督程序提起刘涌案再审，这是我国建国以来的第一次。虽然《刑事诉讼法》第 205 条第 2 款规定：“最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审”。最高人民法院拥有进行再审的权利，但是有观点认为这是民众的力量、舆论的监督作用迫使最高人民法院必须对刘涌案件进行重新审理并予以改判，以顺应民意。这一论调引发了民意对判决有何影响以及民意对死刑改革进展有何影响的讨论。

民意（the will of the people），顾名思义，就是民众的意愿、观点。民意属于社会意识的范畴，由社会存在决定，并对社会存在有能动的反作用。民意是对所处社会物质基础的反应。其能动的反作用集中体现在维护或批判现实社会、调控社会和人的活动这两大功能上。

就我国目前的情形而论，死刑与民意的关系问题集中在两个层次、两个阶段：①微观层次、司法阶段，即民意对于个案中是否适用死刑的影响；②宏观层次、立法阶段，即民意对死刑存废的影响。

（二）民意对死刑适用的微观影响

民意对死刑适用的微观影响，是指民意对于死刑个案的审理与判决的影响。随着我国社会发展和法制建设的不断推进，新闻媒体把更多的关注投向了司法实践活

动，热衷于报道各种案件的审理情况并指出其中存在的各种问题。与此同时，民众法律意识的不断提高、对不断增多的个案报道也日益关注。往往一个案子出现，通过新闻媒体的报道，在报刊、杂志以及网络上便会迅速出现数以百万计的评论。这种现象的出现是我国民主与法制建设取得丰硕成果的表现。但在许多公允的评论当中，也存在着强烈主观情感的社会舆论。有时这种代表着民意呼声的社会舆论，在某种程度上加大了办案机关的压力，对司法机关审理案件造成一定的影响。

1. 民意与个案判决存在冲突的情况

一个案件之所以出现数百万的评论，其原因往往在于民众对于该案件的认识及内心所期望的结果与案件审理的结果出现冲突。在刑事司法活动中，对司法发生影响的民意，主要表现为“民愤”和“民情”两种情况，前者是不利于被告的民意，后者是有利于被告的民意。

（1）民愤——“该杀而未杀”类。这类案件主要是对于那些作案手段残忍、社会影响恶劣的犯罪，包括抢劫、强奸、行凶杀人等和一些涉案数额巨大的贪污腐败案件，公众对犯罪人深恶痛绝，认为不判处这些犯罪人死刑不足以惩罚其所犯的罪行，不杀不足以平民愤。刘涌案件就属于这类案件，刘涌案在二审判处死刑缓期两年后，网络上各大门户网站的论坛一片叫骂之声，而最高人民法院将此案提审并判处刘涌死刑之后，网络上又是一片叫好之声。

（2）民情——“不该杀而杀”类，即判死刑而民意不死。在现实生活中，我们更多的会发现另外一种情况，人们对某些人被判处死刑感到“冤”，甚至会出现很多人“联名上书”，请求法院“刀下留人”。这主要是对于一些主观恶性比较小的案件，当然也可能包括大量的杀人案件，但这些犯罪人自身或者案件存在一些特殊性，使得公众认为犯罪人“罪不至死”。这一类型的案件中，公众不但不愿意判处这些犯罪人死刑，反而请求法院不要判处死刑。

例如浙江徐建平杀妻案。2002 年 5 月 26 日晚上，浙江省绍兴轻纺科技中心有限公司总经理徐建平杀害其妻丁遐，并将尸体肢解丢弃。2003 年 4 月 4 日，绍兴市中级人民法院在审理此案期间，近 200 人投书法院，为被告人徐建平求情，但是法院最终以故意杀人罪一审判处被告人徐建平死刑。

再如周一超杀人案。2003 年 1 月 23 日，浙江大学农业与生物技术学院学生周一超报名参加嘉兴市秀洲区政府招收 9 名乡镇公务员的考试，笔试排名第三，面试后总成绩排名第五。4 月 3 日，当被告知自己由于患乙肝而未被录用时，周刺伤人事局的两名工作人员，致使其中一人抢救无效死亡。在案件审理过程中，许多人写信给法院请求给他留一条生路，在民意调查中 83.4％的民众认为，应给周一超一条生路，判处死缓，以观后效。但 2003 年 9 月，嘉兴市中级人民法

院以故意杀人罪判处周一超死刑。周上诉后，二审维持原判。2004 年 3 月 2 日，周一超被执行注射死刑。

还有李文兵故意杀人案，2003 年 11 月 10 日上午 7 时左右，江苏省兴化市一名客车司机李文兵，开着空车行驶时，突然遇一伙人持木棒拦车，在驾车摆脱追截的过程中，李撞死了一位欲拦车乘坐的老人。2004 年 3 月，泰州市中级人民法院一审认定李犯故意杀人罪，判其死刑。该案二审期间有近 2 000 人签名请求“刀下留人”，但二审法院最终判定维持一审判决，认定李文兵故意杀人，判处死刑。

2. 冲突原因

判决与民意之间的不同在当下的中国社会生活中已经突显出来，体现在具体的个案之中，并且常常以一种冲突的形式表现出来。导致这种冲突的原因可以归纳为以下几点：

（1）司法与民意存在价值取向、形成与表达机制、评价过程和内容方面都截然不同，这致使司法与民意的冲突必然存在。①价值取向不同。法院审判只能依据法律，而法律属于最低的道德标准。民意评价对错的标准是社会一般道德观念，这种一般道德观念在价值层面上要高于法律标准。法院依据法律审理案件，则要牺牲较高层次的道德观，因为有时合法的并不当然是道德的。②确定性不同。法律一旦颁布便具有较强的确定性，司法审判为了保持公正、公平要严格依据法律，因此也具有较强的确定性。而民意是一种社会观念，它以社会一般道德观念为评价标准，体现的是大众理性。同时由于民意形成与表达机制的多元化，使得民意具有很大的灵活性和非理性，往往是不确定的。③形成与表达机制不同。司法裁判只能由法院作出，审判的过程有着严格的程序要求，体现了司法程序中所特有的技术理性，因此其形成和表达机制往往比较单一，即主要以司法文书的形式表现出来。而民意的表达形式是多样化的，有来自犯罪嫌疑人或者被害人的请愿书、有当事人或者司法机关聘请的专家论证意见书、有媒体的报道尤其是评论等。不同地域范围、不同身份、不同文化背景、不同利害关系人对于同一案件的态度是不同的。

（2）职业主义与民主主义的冲突。司法审判是一种职业性很强的活动，它要求法官依其独立的意志和判断，将法律规范适用于具体案件。司法活动需要运用高度专门性和技术性的特定知识，它有着自己所独有的原则、规范、逻辑、程式和语言，对于纠纷处理有着自身的评价标准和评价体系，它体现的是一种法律职业主义。与此相反，民意是公民共同的意思、意志，体现大众的普遍理性，是民主主义的一种反映。

判决与民意之间有一种纠缠不清的关系。司法强调自身的规律，而民众始终坚持一种外部的立场，他们不参与司法程序，却会提出许多不同的道德主张，或者是

直接给予对与错的评价，其中当然不乏相反的法律命题。这个现象显现出司法过程的背后蕴涵着职业主义和民主主义的紧张关系。①

（3）我国历史文化传统的影响。传统中国司法特别强调情理对社会关系的调整。人情曾是中国伦理特殊的人际互动与社会交换形式，是由中国家族伦理精神演绎出来的人际结构方式与伦理精神形态。② 民众对司法的认识中往往掺杂了人情的因素。同时，在中国传统法律文化中，司法公正的表现就是“包公”的铁面无私、执法如山、料事如神、为民伸冤。司法公正指的就只是实体上的公正，刑讯逼供是一种合法的获取证据的手段。这种观念已经深深地根植于中国人的思想中，它体现了我们法律文化中的绝对真实的法律价值观。而这种价值观念与我们现代法院审判制度是相矛盾的。

3. 民意与司法审判的关系

我国的法制与民主都在发展完善中，司法也处在职业化的起步阶段，传统问题夹杂着现代社会状况使得在独立与责任的问题上难免会存在冲突。此点，我们可以从美国的司法与民意的关系处理方式中，获得有益的启示。

（1）美国对民意的谨慎处理。就美国的法律职业化程度而言，民意左右司法的现象在法律家看来是不可容忍的，“法庭必须得借助规则和调整采取措施保护其程序不受外界偏见的干扰。起诉人、被告的律师、被告人、证人以及其他受司法制度制约的法庭工作人员都不应该妨碍程序功能的发挥。那些会影响到刑事审判的信息之报道与辩护律师之间的合作行为不仅仅应受到调控，而且应受到谴责，可以采取纪律措施对其进行规制”。③

在民意的处理上，美国司法运作也体现出两面性来。一方面美国的司法过程对民意实际上是相当开放的，另一方面对民意是加以限制的，即要求民意必须遵从既定法律渠道、法律程序，以某种“法律参与”的形式进入司法领域。民意在美国司法审判过程中体现在以下几个方面④：

第一，法官的“合理化法律分析”。在司法审判中，法官经常从政策、目的及原则等实质性的角度来论证判决的合理性，维护法律制度的一致性和连贯性。法官

① 参见孙笑侠、熊静波：《判决与民意——兼比较考察中美法官如何对待民意》，载《政法论坛》，2005年第5期。

② 参见陈秀萍：《诉讼、人情与法治——现代法治视野中的诉讼人情化现象研究》，载《法制与社会发展》，2005年第5期。

③ Barth Alan, Right in Conflict. The Twentieth Fund, Inc. 1976, p14.

④ 参见孙笑侠、熊静波：《判决与民意——兼比较考察中美法官如何对待民意》，载《政法论坛》，2005年第5期。

选取作为判决理由的原则、政策和目的时，经常参照民意或者将二者挂钩，以增强判决的可接受性和法律秩序的民主价值。

第二，陪审团审判。美国的陪审团由普通公民组成，他们自身就代表着一种民意。他们在作出裁决时考虑的因素很多，包括法律之内的与法律之外的、正义与非正义、控辩双方的状况甚至是“自然法”的因素。陪审团能够使法律规则保持机动灵活，他们有权力可以修改、替换甚至避而不用规则，将“超国家的”或者说“非国家的”意识导入司法，以维护情理和公意、实现个案正义。

第三，作为“法律诉讼”的政治参与。在美国，诉讼逐渐成为团体组织借以参与公共政策的一种工具。某些民间团体通过提起权利诉讼，使得法律舞台成了一种特殊的政治论坛。他们将自己的政治态度转化为权利请求，要求得到法律的保护。法律程序实际上被当成了一种政治参与的替代方式，为民意开辟了一条进入司法场域的通道，并使公共政策的发展和实施有了一些新的支座。同时，这一制度设计也致使民意要想在美国司法审判中获得承认、发挥作用，必须依托一定的形式和路径进入法律程序，通过法律的语言表达自己的立场、发挥自身的影响。

（2）民意与司法的关系的应然状态

第一，司法与民意应不存在根本上的冲突。司法实现正义的唯一办法就是严格按照最根本的民意——法律进行裁判。法律必须反映民意，这是人民主权的必然要求，服从民意是立法的基本原则。法律反映了制度化的民意，在这种意义上民意与法律没有冲突。法律是理性化的民意，具有稳定性、普遍性，而法律外的民意则时常是非理性、可诱导和变幻莫测的。在这种情况下，致使民意与司法出现差异。在法治社会中，法官的职责是忠实地执行法律——体现在法律制度内的理性化的民意，并以此来约束、限制大众非理性的情绪冲动。① 法律适用是最理性的，司法要求体现法律的理性特征，这种要求是通过罪刑法定原则、刑法面前人人平等原则、罪责刑相适应原则、程序公正等原则来实现的。如果审判随民众喜而轻，因民众怒而重，失去了法律的严肃性、稳定性和应有的理性，虽然会在某些个案上暂时实现了“公正”，但它从根本上破坏了法治精神，最终将使民众丧失对法律的信仰，实属短视之举，因小失大。若司法不为民意所动，坚持严格依法办事，则最终会赢得民意。②

第二，司法应独立于民意。法治要求对法律的尊重，对法律的尊重要求法律

---

① 参见郑成良、张英霞、李会：《中美两国司法理念的比较》，载《法制与社会发展》，2003 年第 2 期。

② 参见卢建平：《死刑适用与“民意”》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》，2005 年第 5 期。

不为当事的一方所独占，司法权必须独立。司法独立是一种宪政的安排，意味着司法权从国家权力中的分离。司法独立也要求司法在社会中的独立，即司法独立于民意，“司法阶层以及法院应当成为居于政府与民众之间的中立的仲裁”。[①] 法官应只服从法律，民意对法官不具备法律上的约束力。民意不一定代表正义，因而并不等于法律。民意的本质是犯罪后果、被告人主观恶性、犯罪情节等量刑情节的综合反映，但又不是这些因素的简单相加，因为它还打上了民众的价值观、道德观、伦理观、法律观的深深烙印。[②] “普通人更习惯于将问题道德化，用好人和坏人的观点来看待这个问题，并按照这一模式来要求法律做出回应”。[③] 民意有时会导致“多数人的暴政”，民意因素的影响也会导致一定程度的地方保护主义，破坏规则适用的统一。民意的误解对司法形成了巨大的压力，有时甚至会导致司法机关作出背离法律的判决。缺乏程序的民意表达往往缺乏理性，民意往往更关注于个案中的实体正义，而现代社会法治的逻辑及其对法院的要求在很大程度上是严守程序正义。实体正义凭借的是人们的善良意志，但善良意志假如没有法律的规约，同样会造成不良后果。

第三，司法应受到民意的监督。独立审判是现代法治国家司法活动的基本准则，言论自由是现代法制社会公民的一项基本权利。公民的言论自由则是民意的一个重要表现形式。公众的舆论监督既是监督公共权力，遏制权力腐败的“利剑”，同时又是保证公民权利免受强权侵犯的“盾牌”。如果说立法、司法、行政等公共权力构成国家这一正式实体的力量源泉，那么公众舆论这一民间性质的权利监督资源实际上几乎是公民社会唯一能够与公共权力对峙和抗衡的力量源泉。倘若说“以权力制约权力”是现代法治国家推崇的一种宪政信条，那么“以舆论监督权利”则堪称现代公民社会弘扬的一种民主理念和高擎的一面民主旗帜。[④] 舆论在对司法进行监督的同时，应该处理好与司法独立的关系，不能对司法进行干预，因为司法独立是司法公正的基本保证。

司法审判与民意之间是一种对立统一的关系。一方面司法审判应严格依照法律进行，而法律又是民意的理性化与确定化，从根本上来说二者应是统一的；而另一方面司法应保持其独立性，不受民意的干扰。民意作为司法的监督机制存在，则绝不能大

---

① 参见贺卫方：《通过司法实现社会主义》，载《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 6 页。

② 参见卢建平：《死刑适用与“民意”》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》，2005 年第 5 期。

③ 参见苏力：《继承法院审判委员会制度的考察及思考》，载《北大法律评论》（第一卷第二辑），法律出版社 1999 年版，第 353 页。

④ 参见刘武俊：《刘涌改判案折射司法与传媒的冲突》，载《中国政法干部论坛》，2003 年第 11 期。

于司法权，以致对司法产生干涉。

（3）改善我国民意与司法冲突状况的建议。对于我国当前存在着的司法与民意相冲突的情况，笔者认为，我们首先要正视现实中司法与民意的紧张与冲突，不能简单地将这种冲突归结于司法审判制度的不够完善或者民众的法律素养不高。在上文中笔者已经分析了产生这种冲突的多方面原因，因此，改善这种冲突的态势，要通过对司法、民主以及大众传媒等多方面制度进行综合性的完善。从根本上说应把握住两点：①在刑事司法中严格按照最根本的民意——法律进行裁判，维护法律的严肃性和稳定性，切实保障司法权的独立性；②在保持公正审判不受干扰的同时，充分尊重传统法律文化，通过公正程序听取民意，吸纳民意，积极从制度层面建构一个司法与民意良性互动、和谐发展的平衡机制，最大程度地减少社会公众的抵触心理，增强社会公众对司法的尊重和信仰。具体而言，可以采取以下几种方式：

第一，建构公开透明的司法运作机制，保证司法的独立、公正。司法公开透明是保持司法权威和获得社会公众真心信任的基础。在美国“辛普森案”中，民意普遍倾向于辛普森杀了人，而司法机关却判决辛普森无罪，虽然在社会中产生了巨大的反响，但民众最终仍然尊重了法律。这说明在司法运作较为完善的社会背景下，即使人们暂时不理解判决，民意最终也会尊重司法。

近年来，司法透明在我国已取得了积极进展。一些法院实行了公民查阅裁判文书制度，在处理申诉复查、执行异议、国家赔偿和减刑假释等事项的过程中，引入了听证程序，拓展了以往审判公开的内容和范围，增强了公开性，增加了公信力。但是，我们应该看到，保障司法透明的相应的程序性规则尚未完全建立，制约司法透明的一些体制性障碍还未彻底消除，在司法实践中存在着公开审判流于形式、公开程度不够的情况。根据《人民法院第二个五年改革纲要》要求，进一步落实依法公开审判原则，采取司法公开的新措施，确定案件运转过程中相关环节的公开范围和方式，建构公开透明的司法运作机制，为社会全面了解法院的职能、活动提供各种渠道，进一步提高人民法院各项工作的透明度。①全面落实并推广真正意义的法官独立审判制度，切实保证法院独立司法以及法官独立审判。独立审判要求对外应强调法院独立审判不受行政机关、社会团体和个人的干涉，对内应赋予法官或合议庭研究决定并当庭宣判、签发文书的权力。法官独立审判要求其具有较高的法律素养，拥有独立审判的能力，并在面对社会舆论时可以坚定自我的信念，不受舆论以及压力的影响。②改进审判方式，切实加强庭审功能，坚持“在公开中审理，在审理中公开”的理念。开庭审理和公开审判是诉讼的基本原则，而这互为表里关系，搞好公开审判的关键是能否充分发挥庭审功

能。这就要求运用开庭审理这种法定形式和科学方法来达到查明事实、核实证据、辨明是非、正确适用法律的目的。凡是依法应当公开审理的案件，都要保证控辩双方拥有对等的权力，能够当庭陈述、辩论、提供证据并加以质证。法官则是通过听述、听证、听辨来查明事实、分清是非曲直，当庭认定证据，作出裁判。③健全公开宣判制度以及建立判例公开制度。司法公开要求公开审判和公开宣判，在目前宣判方式的基础上，应加强公开宣判时详细宣告判决理由，或制成书面材料供当事人和公众阅读。同时可以实行有选择性地公开判例的做法。公开判例可以使社会公众对于司法审判的过程有更加直观、准确地认识。可以减少某些新闻媒体掺入个人情感具有倾向性的报道对社会公众的误导的可能。现阶段可由最高人民法院选取自己审理的或各地人民法院审理的典型案件，以司法公报或判例汇编的形式向社会公布。公布的内容应扩大到包括侦查、取证、庭审、判决各个过程。

第二，加强对社会舆论的管理。①在个案审理中必须保证法官独立地依据法律作出判决，“用法律规范来创造一个相对独立于外部环境的决策的隔音空间”。[①] 一方面要规范新闻媒介的报道，当某一案件在未审理判决前，新闻媒体不应对案件作出定性的报道，并且在报道中应使用较为规范的法律用语，避免使用具有煽动性、歧视性的语言；另一方面，社会公众在看到新闻媒体的报道时，应力争全面的了解案情之后再作出判断与评论。②加强法制教育与社会民主的推行，建构良性互动的民意表达机制。从我国民意与法制冲突的发展状况来看，有一部分原因在于公众仍保留着旧的法制观念，对于现代法制的不甚了解。而民意是可以通过引导而改变的，通过社会的普法教育，使公众了解现代法治的精神，从而减少因对司法的误解而产生的冲突。

（三）民意对死刑适用的宏观影响

自从1764年贝卡利亚发表《论犯罪与刑罚》主张废除死刑以来，一场世界范围的、内容广泛而深刻的死刑存废之争议便没有停止过。至今，全球已有134个国家取消死刑，其中81个国家彻底取消了死刑，14个国家取消了普通刑事犯罪的死刑，俄罗斯已承诺取消死刑，有6个国家暂停使用死刑，有32个国家虽有死刑，但实际上已不起作用，在至少过去10年里都没有执行过死刑。还有62个国家保留有死刑。[②] 就世界范围看，民意虽然不是死刑废除的决定性因素，但其是影响死刑废除的重要因素之一。科学对待民意，有效克服民意对限制、废除

① 参见季卫东：《法律秩序的意义》，载《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第16页。

② 参见佚名：《全球死刑实施呈减少趋势》，载《参考消息》，2004年12月5日，第2版。

死刑形成的障碍，是我们切实限制、废除死刑过程中所无法回避的。

1. 我国民众对死刑的看法及原因

（1）我国民众对死刑的看法。据中国社会科学院法学研究所 1995 年的民意调查，占 95%的民众支持死刑。

2003 年 1 月 9 日，《南方周末》第 6 版刊登了一篇名为《死刑：保留·废除?》[①] 的文章，随后 1 月 23 日又刊登一篇名为《死刑：废除·保留!》[②] 的文章。这两篇文章一经刊登，便引起巨大反响，新浪网评论死刑存废问题的帖子条数连续一周占据"热点评论"条数榜首，帖子数超过 4 600 条。据不完全统计，其中约有 75.8%主张坚决保留死刑，约有 13.6%支持废除死刑，约有 10.6%为中间派别，认为须视中国发展情况而定死刑存废。其中反对废除死刑的不少帖子说，如果废除死刑，就去杀人，有的还确切地报出杀人数目，更有帖子充满着网络上所特有的语言："应该恢复凌迟和腰斩"，"应该实行五马分尸，这样才能对犯罪分子有威慑力"，"只要犯罪就该杀"，"废了死刑，中国岂不内乱了"，"废除死刑，国将不国"等。[③]

2005 年 1 月人民网在对 2004 年 12 月在重庆召开的死刑问题国际研讨会进行报道的同时，展开了一场关于死刑存废问题的讨论，并对公众关于废除死刑的看法进行调查，结果如下表：

您对废除死刑的问题是怎样看?[④]

立即全面废除死刑，尊重生存权。(1 076 票)	12.3%
赞同废除死刑，但要循序渐进，先限制、再废除。(918 票)	10.5%
限制和减少死刑，但要对情节严重的犯罪保留死刑。(2 479 票)	28.3%
反对废除死刑，要加大刑罚力度。(4 300 票)	49%

共 8 773 人参与了调查

两次调查的结果十分相似：目前我国大多数民众是不同意废除死刑的，甚至有人主张扩大死刑的适用范围，而只有一少部分人认为应当废除死刑。

① 参见郭光东：《死刑：保留·废除?》，《南方周末》，2003 年 1 月 9 日，第 6 版。该文首先对 2002 年 12 月 9 日至 10 日在湖南湘潭召开的死刑问题国际研讨会进行了报道，之后陈述了保留死刑与废除死刑两方的主要观点，与会专家对于限制直至废除死刑以及我国何时废除死刑的主要观点。文章最后未明确指出我国目前究竟应保留还是废除死刑，只写道："保留还是废除死刑，仍然是一个问题"。

② 参见胡惊雷：《死刑：废除·保留!》，《南方周末》，2003 年 1 月 23 日，第 6 版。该文是作者对《死刑：保留·废除?》一文的一些具体意见，文中陈述了作者主张保留死刑的观点。

③ 参见曲新久：《推动废除死刑：刑法学者的责任》，载《法学》，2003 年第 4 期。

④ 人民网："您对废除死刑的问题是怎样看?"，http：//comments. people. com. cn/vote _ show/index. php?qid=411.

（2）我国民众希望保留死刑的原因。死刑存废的争论持续了200多年，主存方与主废方各自陈述理由，但都不能完全的说服对方。也正是由于死刑存废论双方均具合理性又各具不合理性，才致使死刑存废之争旷日持久而至今尚未定论。[①] 在人类历史上，死刑存在了几千年，在惩罚犯罪、维护社会秩序方面，一直发挥着极其重要的作用。而且自死刑制度产生以来，死刑便获得广泛的公众认同。具体而言，包括以下原因：

第一，从公众认同的角度，死刑通过对最极端犯罪的道义报应满足了深藏于集体意识中的正义情感。而集体意识、正义情感对死刑的广泛的公众认同，又使死刑制度获得了凛然于所有的功利性追求之上的正当性和合法性。在许多人看来，即使死刑不具有威慑效果，只要基于道义责任而公正地适用，满足了集体意识中的正义情感，获得了广泛的公众认同，就具有存在的正当性和合法性。[②]

第二，从伦理规范角度看，“杀人者死”、“杀人偿命”是自古以来已存在于人们心目中的伦理规范，为了保护人的存在和人的生命，为了维护国家和社会秩序，为了维护伦理秩序，对凶恶的杀人犯罪判处死刑，是非常正当的，也是合乎伦理规范的。死刑的存在正是为了满足国民的道德情感，必要的死刑并不是不道德的，而是为了维护国家社会秩序的一般道德观念，因而是道德的。犯罪人的生命价值固然重要，需要保护，而被害人的生命价值亦属重要，也需保护。从价值比较的角度而言，只有死刑才真正体现出对人的价值的保护。

第三，从人权与人道的角度看，废止死刑是对犯人的人道，但却是对被害人和整个国家的不人道，存置死刑才是对国家和被害人的人道，才是对全体的人道主义。[③] 同样，死刑的废止保证了被告人的人权，却牺牲了被害人的人权。只有存置死刑才是对被害人人权的考虑和尊重，才能较为全面地保障人权。死刑的存在不仅不与人权理论相矛盾，而且恰恰是保障人权的保障。[④]

第四，从刑罚本质和预防效果来看，犯罪是对社会的反动，刑罚则是对犯罪的反动，死刑的本质上是对犯罪的报应，对于危害不大的一般之罪，应当适用分量较轻的刑罚，而对于穷凶极恶之徒所实施的极其严重之罪，死刑则是最为恰当之刑罚，它最能体现对极端严重犯罪的惩罚和报应，死刑是符合刑罚的本质的。死刑这种刑罚只适用于罪行最为严重的犯罪，而此种罪犯本身已无自新可能，对

① 参见胡云腾：《存与废——死刑基本理论研究》，中国检察出版社2000年版，第157—158页。
② 参见梁根林：《公众认同、政治抉择与死刑控制》，载《法学研究》，2004年第4期。
③ 参见［日］三原宪三：《死刑存废论的系谱》，成文堂1991年版，第49页。
④ 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第364页。

之不必再行教育。对于犯罪人，死刑具有较大的“吓阻效应”，[①] 刑罚的教育改善作用不仅仅限于教育改造受刑人本人，因此对于受刑人以外的人，仍有教育效果。

第五，从感情上来说，死刑作为一个刑种，和其他刑罚一样，是维护社会秩序的重要手段，死刑具有其他刑罚不可比拟的一劳永逸的除害功能，死刑是对恶人人为的淘汰。而且死刑足以平息被害感情，若无死刑，被害家属报复之心难以抑制，私自刑罚难以避免，社会秩序将被破坏。[②]

第六，是公众安定性的要求，公众对社会安定秩序稳定的内心期待。在民众看来，一旦废除死刑，对本该处死的犯罪人只能判处无期徒刑，这样一来，一些受刑人经过一次或数次减刑后，就有可能获得自由。这就有可能助长而不是遏制刑事犯罪。尤其是当前我国社会治安不好，暴力犯罪时有发生的情况下，民众希望依赖死刑遏制严重犯罪活动。公众对死刑的观念也对国家关于死刑的政策产生着影响。[③]

2. 现阶段我国死刑改革的进程

（1）民意对死刑改革的影响。长久以来，我们一直秉持着“得民心者得天下”的理论，并且已经习惯了用“以人民的名义”、“群众拥护和支持”来证明某一项政策是否合理。在当今世界，任何国家和政府在制定死刑政策时，都要顾及普通民众所能承受的心态。但事实上，民意并不当然具有正确性，在是否废除死刑这一问题上，民意要适当予以考虑，但绝不能盲从于民意，民意并不是直接决定是否废除死刑的因素。

考察已经废除死刑的国家在废除死刑的进程中，也并非都是建立在民意支持废除死刑的基础之上。例如法国于 1981 年正式废除死刑，其废除死刑的过程反反复复。特别是 1976 年发生的帕特尼克亨利绑架杀人案曾使公众对死刑的认同和支持达到顶点。公众、政客与新闻媒体几乎众口一词地反对废除死刑，并且一度扭转了法国限制和废除死刑的进程，亨利案件诉讼期间就有多名罪犯被执行死刑。面对公众强烈的道义报应诉求和对死刑的广泛认同，在亨利案件的辩护律师、后来担任法国司法部长的罗伯特·巴丹戴尔的积极推动和当时的法国总统密特朗的支持下，法国国民议会却在几年后通过了死刑废除法令。然而，在废除死刑后很长一段时间，法国多数民众仍然强烈支持死刑，到了 2001 年，一项民意

---

① 参见［日］三原宪三：《死刑存废论的系谱》，成文堂 1991 年版，第 142—150 页。

② 参见林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆 1983 年版，第 149 页。

③ 参见刘佑生：《“生命至上”与“杀人偿命”》，“关于死刑文化的思考”，http：//lys. fyfz. cn/blog/lys/index. aspx？ blogid=184289，2007 年 3 月 25 日。

测验才显示不足50%的民众希望恢复死刑。[1] 在德国、英国和荷兰也都发生类似情况。

但是尽管如此，这些国家仍然废除了死刑，这主要是体现出国家对于民意的选择。民意（集体意识）对死刑的广泛认同虽然为死刑制度提供了正当性和合法性资源，但是集体意识特别是以民愤、民意、舆论、正义感等表现出来的公共意志，往往又是交织着理智与情感、意识与潜意识、理性与非理性、正义与非正义的矛盾统一体，具有相当的情绪性、不可捉摸性，甚至可能陷入歇斯底里和集体无意识的状态。[2] 民意的这种两面性，往往表现为多变、不稳定，在某些情况下，例如在对刘涌是否使用死刑的时候，民众则普遍要求对其适用死刑，而在另一些情况下，如前文提到的徐建平、周一超以及李文兵的案件中，民意便要求免处死刑。面对民意的这种不稳定性，学者应帮助政府作出正确选择。学者，作为对于死刑的价值、利弊分析得最清楚、透彻的群体，在废除死刑的进程中应作为"传道士"和倡议者。作为"传道士"，学者们应当将其所研究、分析的关于适用死刑的利弊广为传播，使民众和政府决策者对于死刑拥有理性、科学的认识；作为倡议者，学者们应时刻关注着社会的变革、发展及出现的废除死刑的时机，适时向政府决策者提出废止死刑的建议。死刑存废在一定程度上取决于各种力量团体在社会政治生活中的博弈平衡。政府决策者直接决定着死刑进化的进程和速度，在恰当时刻应果断作出决策。

（2）在当前民意下，我国对死刑废止应当采取的态度。死刑是否能够废止，要看废止死刑的条件是否成熟。条件成熟必须废止；条件不成熟，虽然可以创造条件，但也不能生硬废止，否则就会损伤社会肌体的正常运作。死刑的存在是一个国家基于其伦理文化积淀所作出的现实选择，因此不能脱离某一国家特定时期的具体国情而奢谈其存废。不同的国家、不同的民族甚至同一国家、同一民族在不同的历史时期对死刑的态度和感受都可能不同，国家和民族的社会文化发展及由此所决定的国民素质与人们的死刑观念息息相关。我国现阶段尚未完全实现法治，在此期间废止死刑，条件不成熟并很有可能损伤社会的其他机能。从各方面条件看，我国现阶段不应立即废除死刑。这是因为：

第一，从经济背景看，现阶段废除死刑不现实。我国目前生产力仍处于相对落后的状态，人们对经济因素极为看重，以致经济秩序、金融秩序和财产权利等与人的生命、自由等人身权价值之间的差距相对较小，对经济犯罪的评价与对人

---

① 参见梁根林：《公众认同、政治抉择与死刑控制》，载《法学研究》，2004年第4期。

② 同上注。

身犯罪的评价趋于接近。因而，对贪利型、财产型犯罪与对人身犯一样处以死刑，便因较为接近现有的价值观念而易于被人所接受。我国现阶段生产的相对落后决定了对犯罪的评价严厉化，决定了其不具备废除死刑的经济条件。

第二，从政治背景看，我国社会的政治、法律与经济的民主化尚未实现。在发达的民主政治体制尚未实现的现阶段，我国死刑的废除必然阻力重重。立法民主的不充分性无疑会阻碍废除死刑的历史进程。在政治民主化尚不完备的现阶段，立法的民主性也难以实现，对死刑的保留与废除因缺乏全国范围的研讨和科学论证而不深不透，而这必然构成废除死刑的严重障碍。

第三，从人文背景看，在现实生活中犯罪人被视为坏人，杀几个只会有利于社会的发展和进步，正好也迎合有些普通民众的报应心理，在这些看法的影响下，人道观念淡薄，死刑的不人道性很难成为废除死刑的原因。

（3）我国废止死刑的进程。废止死刑等于放弃了一种有效的预防严重犯罪的手段，这是其弊；但同时它避免了使用死刑可能产生的负效应，这是其利。只有在废除死刑利大于弊时，国家才会选择废除死刑。① 死刑终将废除，是我国学者的共识。但是在废止死刑的时间上，各学者存在着以下两种观点：①现在废除论，即认为“死刑必须立即予以废除，而且越快越好，哪怕是早一天都是好的”。② “只要我们的国家一天不停止杀人，我因国家强迫我参与杀人所遭受的良心的折磨便一天也无法消停”。③ ②将来废除论，例如“从应然看，死刑应当废除，但从实然看，死刑仍应保留”④；有学者提出了在建国 100 周年（即 2050 年）的时候废除死刑，也有学者提出在 2100 年废除死刑。⑤ 笔者认为，我国废止死刑的进程，可以划分为以下几个阶段：

第一，严格限制适用死刑阶段。我国刑法规定可以适用死刑的罪名有 68 种。每年执行死刑的数量约占全世界的 3/4，是执行死刑最多的国家。笔者认为，现阶段我国首先应在保持现行刑法规定的前提下，通过完善刑事司法程序，在刑事司法中减少适用死刑。例如取消死刑复核程序，实行三审终审制度以及增设死刑赦免制度等。然后分阶段的削减可适用死刑的罪名。我国死刑罪名的范围广且严重失之公正，绝大部分规定死刑的罪名所侵犯的权益的价值都低于人的生命价值，特别是一些经济犯罪。因此我国应首先废除侵犯个人法益的侵财型非暴力犯

① 参见陈华杰：《论死刑适用的标准》，人民法院出版社 2005 年版，第 2 页。

② 参见曲新久：《推动废除死刑：刑法学者的责任》，载《法学》，2003 年第 4 期。

③ 参见赵秉志、邱兴隆：《死刑正当程序之探讨》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 688 页。

④ 参见陈兴良：《死刑存废的应然与实然》，载《上海法学》，2004 年第 5 期。

⑤ 参见陈华杰：《论死刑适用的标准》，人民法院出版社 2005 年版，第 3 页。

罪和无具体被害人的侵犯社会法益型非暴力犯罪的死刑适用，然后废止贪污贿赂型非暴力犯罪的死刑规定，再废止危害公共安全和危害国家安全的非暴力犯罪。此时我国刑法中应只有暴力性犯罪可以适用死刑。[①]

第二，停止适用阶段。在这一阶段，刑法中虽然仍存在可以适用死刑的罪名，但是在实践中尽量不判处死刑。

第三，明文废止阶段。在我国事实上停止适用死刑一段时间，且社会效果良好的情况下，可以通过修改刑法，废止暴力性犯罪的死刑，以达到明文废止死刑的结果。

八、专家法律意见书的性质、作用及发展趋势

（一）问题的引出

2001 年 9 月 19 日，刘涌的辩护律师召集北京 14 位刑法学、刑事诉讼法学、法医学专家，在钓鱼台大酒店第一谈判厅对刘涌案进行了专题讨论，并形成了一份《沈阳刘涌涉黑案专家论证意见书》。意见书中说，“与会专家听取了律师的介绍并查阅了公诉人提交的证据，一致认为本案的证据方面存在严重问题。”并详细列举了因为存在疑点而不能作为定罪量刑依据的证据。此意见书后来由辩护律师提交到二审法庭。

召开“专家论证会”、出具“专家论证意见书”，刘涌案并非首创。最早的通过专家论证的方式而产生的专家法律意见可以追溯到 20 世纪 80 年代末浙江的戴晓忠涉嫌投机倒把罪一案。[②] 近年来，这种法学专家论证数量越来越多、涉及的范围越来越广。在法院审理案件的过程中，常出现一方邀请或双方当事人分别邀请法律专家举行专家论证会，并向法院递交专家法律意见书的现象。

由此，法学界对专家法律意见书存在的必要性、存在的价值、目的和功能展开了激烈的讨论。大部分学者认为其存在是必要的，但现行的专家法律意见书无论在程序上，还是在内容上都有很大的缺陷，需要进一步地完善。为此，笔者欲通过我国专家法律意见书与美国“法庭之友”制度的比较分析，找出我国专家法律意见书的种种不足之处加以完善，使其制度化，以适应我国法制建设。

---

① 参见赵秉志：《中国逐步废止死刑论纲》，载《法学》，2005 年第 1 期。

② 个体户戴晓忠因为搞技术转让被杭州市检察院以科技投机倒把罪逮捕并提起公诉。承接该案的中国政法大学律师事务所组织了刑法、民法等各方面的专家进行了讨论，虽然没有形成专家意见书，但是专家们把意见都融合到律师的辩护词中。经过 7 天的开庭审理，戴晓忠被宣布无罪释放。

（二）专家法律意见书

1. 含义

《现代汉语词典》对“专家”词条的解释为“对某一学问有专门研究的人；擅长某项技术的人”。而“意见”是指“对事情的一定看法或想法；（对人、对事）认为不对因而不满意的想法”。因此所谓专家法律意见，是指在法学领域内有一定造诣、被公认是权威的学者针对具体的案件所表达出的具体看法意见。①

2. 产生原因

英国著名法学家冯·哈耶克曾说：“各种制度的起源并不在于构成或设计，而在于成功且存续下来的实践。……法律制度是以一种累积性发展的框架和在此框架内，人的理性才能得到发展并成功地发挥作用”。② 他的这一论断反映出一个重要原理：法律虽然是意识形态领域的学问，但它的根却深深地植于社会的土壤，其产生和发展有相应的社会背景。因此，专家法律意见书作为法律制度中的一种现象，其产生并非偶然，而是有其深刻的社会背景。

根据浙江省高级人民法院对专家法律意见书的调查研究的情况③，可以看出专家法律意见书产生的社会背景是复杂的，其是法制发展进程中必然要产生的一种法律现象；从我国的司法实践来看，之所以有大量的专家法律意见书出现，或者说为什么有许多当事人主动邀请法学专家对案件进行分析论证，其主要原因是当事人对司法的不信任。而造成这种不信任，主要因为以下几方面的原因：

（1）司法人员的整体素质较低，不具备很高的法律素养。新中国成立初期，由于政治历史原因和一些错误思想的影响，我国在 20 世纪 60—70 年

---

① 参见周平平、朱海兰：《再论专家法律意见书》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》，2005 年第 5 期。

② 参见［英］弗里德利希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上册），邓正来译，三联书店 1997 年版，第 64—65 页。

③ 为正确认识和评估专家法律意见书对审判工作的影响，并在此基础上进一步探索“司法独立”在现代社会的含义及其与言论自由的界限。浙江省高院研究室对上述课题进行了较为深入的调查研究。调研主要分两个步骤进行：一是进行问卷调查。共发放调查问卷 300 份，其中 200 份“法官卷”在全省法院系统发放，其主要目的是了解“专家法律意见书”对各级法官的心理影响；另有 100 份“普通卷”向社会发放，主要对象是律师、法学教授、机关干部等对司法活动比较熟悉的各界人士，其目的是了解法院系统外对这一现象的看法。二是访谈调查。从 2003 年 10 月下旬起，浙江省高院研究室在全省 6 个中级法院召开有基层法院法官参加的专题座谈会，共有 19 个法院、67 名法官参加了座谈，从而对全省各级法院接收“专家法律意见书”的具体情况及存在的问题有一了较为全面的掌握。2002 年 11 月下旬，浙江省高院研究室又召开由部分法学专家、知名律师、媒体记者参加的征询会，听取意见。详见浙江省高级人民法院研究室：《“专家意见书”对审判工作的影响》，载《法律适用》2003 年第 10 期。

代，民主与法制建设以及法学教育中断了近20年。这一历史性悲剧对我国司法领域的直接影响是导致了法律专业化司法人员严重不足。虽然经过20来年的大力培养教育，培养了一大批法律人才，司法人员整体水平有了较大提高。但仍由于人事制度改革措施的滞后性和不科学性，致使许多经过正规、严格培训的法律人才不能进入司法系统，而使许多没有受过严格法学教育的人员进入司法队伍中。这些因素严重影响了司法队伍的整体法律素养。尽管《法官法》、《检察官法》和《人民警察法》已经颁布，但远没落到实处，这些因素严重影响了我国的司法水平。由一些素质低、没有较高法律素养的司法人员处理案件，必然会使当事人对司法的正确性产生很大的怀疑。因此，在诉讼实践中就不可避免地出现两种情况[①]：一方面，当事人因担心某些专业素养较差的司法人员因理解法律的偏差而出现错判的情况，使自己的合法权益得不到应有的保护，而求助于有关法律专家，请求法律专家就其案件的基本事实和法律适用提供意见，以供司法机关处理案件时参考；另一方面，一些较认真的司法机关或司法人员为了避免错案，主动约请有关法律专家就某些疑难案件进行论证，提供法律意见。

（2）司法制度本身的不完善也致使当事人对司法的公正性产生很大的怀疑。在司法实践中司法不独立、不中立和不公正的现象还非常严重，司法实践中更是时有“以权压法”的事件发生。审判不独立就很难保证审判人员以中立的、超然的立场审理案件，也就难以保持其权威性与至上性，这也必然会使当事人在一定程度上对司法公正产生不信任感，当事人便邀请有关权威法律专家就案件的事实和法律适用出具法律意见书，希望借助法律专家的权威意见来抵消个别司法不公的消极影响。

从刑事诉讼构造模式上看，我国法律虽然规定了律师的代理申诉、控告权、会见通信权以及调查取证权等，但并未有配套的制度与手段加以支撑，导致上述权利难以落到实处。从法庭设置上看，控辩双方形式上是平等的，但由于立法没有赋予辩护方充分的权利保障和与控诉相抗衡的手段，加之检察人员集国家公诉权与国家法律监督权于一身而对审判活动实施法律监督，在刑事诉讼中明显居于优越地位。实践中审判人员重视、接受公诉人意见，而容易忽视辩护人的意见，律师很难起到充分保障、维护当事人权利的作用。在这种情况下，律师为使当事人利益最大化，自然欲借助诉讼程序之外的力量对法庭施加影响，而法学家具有无可比拟的优势，应当是首选。正如北京大学法学院陈瑞华教授所言：现在的专

① 参见谢望原：《专家意见书的是与非》，载《中国律师》，2001年第10期。

家法律意见书的出现与司法专横，律师意见得不到采纳，甚至司法得不到人们的尊重有很大的关系。[①]

（3）法学家自身主观因素。一方面从律师的动机来看，专家意见是被用作对法庭审判施加压力、影响法官内心确信的一种手段。法学专家在司法实务部门是有一定的实际影响力的，他们本身有着广阔的人际网，有些还担任领导职务，更多的法学专家是教授、老师，桃李遍天下，不少法官、检察官还是他们的学生；而且专家意见书又系出名门，对问题的分析与论证在理论功底、学术品格、专业素养以及见解的精辟、独特等方面都有相当的保障，其影响力远胜于一般人的意见。[②] 另一方面法学家之所以愿意提供法律意见书主要因为法学家愿将法治的理念渗透到社会中，司法实践是其激发灵感的不竭之源。法学专家出于职业良知维护社会公正，同时也欲借论证机会，接触司法实践，掌握一批活生生的案件素材，作为研究的重要题材。

3. 美国“法庭之友”制度简介

“法庭之友”一词来源于拉丁文 amicus curiae，其英语名称为 friend of the court，又译作“法院之友”。根据《布莱克法律词典》的解释，amicus curiae 是指对法院有疑问的事实或法律上的观点善意地提醒法院注意或向法院报告的人。通常为对特定案件的事实或法律问题具有专业特长或独到见解的专业人士，其向法院提供的书面报告将有助于加深对特定案件的理解而形成公正合理的判断。法庭之友的目的是提请法院注意一些案件当事人并未向法庭说明或尚未引起法庭重视但与案件有关的一些重要问题。[③] 在美国，不但绝大多数案件中有法庭之友介人，而且法院判决中援引法庭之友书状（amicus brief）意见的比率也很高。据统计，1970—1980 年间，联邦最高法院 53.4%的案件有法庭之友提交了书状；1993 年，联邦最高法院 89%的案件有法庭之友介入；近 50 年来，联邦上诉法院 85%以上的案件有法庭之友参与。据调查，在这些有法庭之友介入的案件中，法院在作出判决时援引了法庭之友书状意见的共有 936 起，占这类案件总数的 28%。[④] 从效果上看，法庭之友书状为法院公正审理案件提供了巨大帮助，因为它能够提供被当事人诉状中所忽略的证据事实和法律依据，而这些信息对法院能否作出公正判决具有重大影响。由此可见，法庭之友是美国法院制度的重要组成部分，扮演着不可或缺的作用。

① 参见孔庆余：《专家法律意见书之法律思辨》，载《律师与法制》，2004 年第 6 期。

② 同上注。

③ 参见孙劲：《美国“法庭之友”制度中的外国和美国政府》，载《时代法学》，2004 年第 3 期。

④ 参见张泽涛：《美国“法庭之友”制度研究》，载《中国法学》，2004 年第 1 期。

美国于 1823 年的 Green V. Biddle 案件[①]中，联邦最高法院首次通过判例的方式确认了"法庭之友"制度。此后美国法院审理的大多数案件中都少不了此种"法庭之友"的参与，在美国，以"法庭之友"身份介入诉讼者主要有两大类，一是联邦或州政府，二是个人、利益集团或社会组织。他们介入诉讼的方式有两种：一种是向法院递交法庭之友书状，详细陈述自己的主张以及相关的事实和理由；另一种则是直接参与法庭的辩论和质证过程。今天的"法庭之友"常常提交一些能够引起人们关注法律要点、政策事项或其他当事人本身没有考虑到的观点的书状。这些书状对帮助法院作出判决起到了无法估量的作用，并且经常影响到法院判决的推理及最终结果。

一般来说，一份法庭之友意见可以通过以下途径向法院提交。①应法院的要求而为。法院在审理案件的时候，可能会要求政府（如司法部）或有关专业团体就案件中所遇到的专业或法律问题提出自己的观点。②一些非营利性组织、大公司、法学教授等对正在诉讼中的案件感兴趣，主动要求法院允许其提交意见。第三种途径是当事人主动联系相关机构，请求他们向法院提交法庭之友意见，以支持自己的立场。一份法庭之友意见，应包括以下内容：各方基本情况简介；目录；案情简介；法庭之友的性质；法庭之友意见的法律依据，包括成文法和判例；辩论意见；结论；本意见符合诉讼规则要求之声明以及法庭之友律师署名。[②]

法庭之友意见提交程序包括以下步骤：①向法院提出提交"法庭之友"意见的申请；②法院把该申请通知另一方当事人或双方当事人；③当事人对该申请在规定时间提出同意或反对的意见，如果不同意，并说明不同意的理由；④得到当事人一致同意或法院许可的"法庭之友"在规定的时间内向法院或法庭提交"法庭之友"意见状；⑤如果当事人请求或情况特别，则法院可以批准"法庭之友"参加口头辩论。

4. 专家法律意见书的性质

我国现行法律对专家论证既没有规定，也没有禁止。由此产生了对专家法律意见书的性质认定上的分歧：有的法官认为，"专家法律意见书"是一份参考资

---

① Ernest Angell, *The Amicus Curiae: American Development Of English Institutions*. 16 Int' l&Comp. L. Q. 1017, 1018 (1967). 该案涉及的是肯塔基州与联邦政府的一起土地所有权的争议问题，联邦下级法院坚持认为联邦政府拥有对该土地的所有权，没有采纳诉讼外第三人——州政府的意见，而径行判决。因此，肯塔基州政府示州检察总长 Henry Clay 先生以法庭之友的身份，向联邦最高法院申请重新审理。联邦下级法院遵照最高法院的指令重新审理此案时，Clay 以法庭之友的身份代表州政府参与法庭审理，陈述了州拥有该片土地所有权的理由。

② 参见于秀艳：《美国的法庭之友》，载《法律适用》，2005 年第 4 期。

料，法官不妨看看；也有的法官认为，其是一方当事人的代理词或者辩护词[①]；更有些学者认为其应属于“专家证言”；另一部分学者认为专家意见书既然不是证据，它就没有法律地位，法庭应当拒绝接收专家法律意见书，从诉讼法角度来说，法学家们向法院递交的专家意见书既不是证据、鉴定结论，也不是辩护意见，则专家意见书什么都不是，而是法学家们对司法独立的干涉，是以所谓的专业权威干扰司法的独立审判。

对此，笔者认为专家法律意见书既不是鉴定结论，也不是专家证人意见陈述，也不同于律师的辩护词及证人证言。法律专家意见仅是法学专家从学理角度对某些案件如何适用法律，甚至对某些司法机关在具体适用法律方面的正确与否所提出的看法，属于学者意见，讨论的主要内容是法律适用问题，即便该意见最终影响了法院的判决，被法院所采纳，也不对司法机关产生强制力，这种意见应是中立的。从专家意见书的作用和实质来看，它应当属于社会舆论，本质上和新闻报道、评案说法等性质相同。但是专家法律意见书又具有与一般的社会舆论不同的特性：

（1）权威性。专家法律意见书是由在法学研究领域具有相当地位和建树的法律专家根据自己的学识、研究成果并结合案件事实所作出的意见，由于专家在学术上研究具有较高造诣，因此专家法律意见书具有权威性。

（2）法理性。专家法律意见书与对法律案件的一般评论最大的差别在于，专家所作出的意见，是将法学理论与具体案件相结合得出的，往往更偏重于理论性。而一般的社会评论则多将个人的理解以及道德、价值观等与案件结合而得出评论。

（3）单方性。实践中，人民法院收到的专家法律意见书都是当事人一方聘请法律专家作出后向法院提交的，没有一份在提交之前征得对方当事人的同意，或者同时向法院提交足够的副本以便提供给对方当事人。[②]

（4）指导性。专家法律意见书对立法和司法实践具有一定的指导作用。专家法律意见书是专家、学者将法学理论与具体案件相结合得出的研究结果，对我国将来的立法、司法具有指导意义。从法官的角度来看，专家法律意见书一般都会对其产生一定的影响。[③]

---

① 参见刘晓燕、叶向阳：《专家法律意见书的是与非》，载《人民法院报》，2005年5月8日，第4版。

② 参见于秀艳：《美国的法庭之友》，载《法律适用》，2005年第4期。

③ 浙江高级人民法院的调查研究表明：各地法院、各级法官对“专家法律意见书”的看法态度不一，但从统计结果看，有69%的法官表示会阅读专家法律意见书，并重视法学专家的意见，另有10%的法官表示会向“领导汇报”，只有少数法官不会重视。但实践中，实际收到“专家法律意见书”的法官大多数均认真对待，多数情况下会仔细阅读并将“法律意见书”装入案卷，作为当事人提供的“其他材料”。调查中，还发现许多法官将专家法律意见书当作“教科书”来阅读的。当“法律意见书”的结论与法官的观点不谋而合时，“专家法律意见书”的某些表达方式和论证方法还会被主审法官所借鉴。详见浙江省高级人民法院研究室：《“专家法律意见书”对审判工作的影响》，载《法律适用》，2003年第10期。

基于上述分析，专家法律意见仅仅是某一领域的法律专家或学者对案件在适用法律上的意见和看法。它不具有任何证据效力，也不能被作为诉讼代理词。因此其基本定性可以认为是一种学理解释。

5. 专家法律意见书是否影响司法公正

对于专家法律意见书是否影响审判独立这一问题，在学术界和社会上存在着截然相反的观点：

一方认为，法学家没有权利出具法律意见书。法学家们向法院出具专家意见书，是对司法独立原则的公然干涉。专家意见书是向法庭射出的暗箭，损害了受其影响的当事人的利益；法庭不应接受案外人就案件向法院出具的各种评论、观点、意见等。① 并且辩护律师手持“专家论证书”这一尚方宝剑，其目的是使法官多听取己方的辩护意见，但是这类“专家论证会”于实现司法正义相违背，与学术独立相去甚远。② 中国政法大学法学院教师何兵说：“从诉讼法角度来说，法学家们向法院递交的专家意见书属于什么？它是证据吗？不是，因为法学家们不是本案的证人。它是鉴定结论吗？不是，因为法学家们不是本案的鉴定人。它是辩护意见吗？不是，因为法学家们不是本案的辩护人。那么，它是什么？它什么都不是！它就是法学家们对司法独立的干涉！是以所谓的专业权威干扰司法的独立审判。”江西省赣州市人民检察院杨涛认为：“专家论证意见以专家论证形式出现，给人是中立的表征，特别是掌握法律话语霸权‘专家’的字眼，加剧了公众的盲从与提交一方当事人的偏执，干扰了法官的视野，动摇了法官的信心。”网络上对专家法律意见书和专家论证会也是一片铺天盖地的声讨，一位署名“土人郁闷生”的帖子称论证会是“既得利益集团垄断、学术精英与政治精英及经济精英勾结一起欺压平民的现实，这些所谓法律、程序公正都是精英们手里的高级玩意，这些所谓专家都是权贵们豢养的走狗，这些所谓事实都是黑幕赤裸裸的金钱交易”；“专家论证会由当事人辩护律师召集，论证会的倾向性就在所难免，其公正性当然要受到质疑”③，等等。

而另一方认为，无论对法官还是代理律师来说，咨询专家都有益无害，因为

① 参见周平平、朱海兰：《再论专家法律意见书》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》，2005 年第 5 期。

② 参见郭云忠、万永海：《“专家审判”与司法正义——质疑“专家论证会”》，载《司法论坛》，2004 年第 2 期。

③ 参见佚名：《我们就这样被戏弄——中国法律的悲哀（短评刘涌案）》，http：//www.tianya.cn/New/TianyaDigest/MyArticlesShow.asp? strUser=%D0%D1%D2%B2%CE%DE%C1%C4%D7%ED%D2%B2%CE%DE%C1%C4.

法官在对事实问题和法律问题（主要是对法律问题）把握不准的时候，可以借助专家的知识来准确把握案件，从而能做到使案件的判决更加公正；律师可以咨询专家，以便使其代理意见在吸收专家意见后更有说服力，更容易使法官接受。法律专家对法院审判的案件发表意见，属于言论自由。专家主动向法院提交自己的意见书可能构成对法院审判独立的干涉，但是在实践中恐怕还没有出现这样的情况。实践中都是律师请求专家法律答询，然后，律师将专家咨询的一致意见作为其意见的一部分提交到法院，这种行为属于其代理、辩护行为，是一种合法行为。[①] 专家就案件事实和法律适用作出的解释只具有学理上的意义。法律专家不是司法官员，他们不能审理案件，更不能对案件作出具有法律效力的裁判。法律专家对案件事实和适用法律提出的看法对案件的审理至多只有参考意义。司法是否公正会受到政治制度、法律制度、司法人员自身素质与品格的影响，而不会受到专家的学术见解影响。[②]

笔者认为，专家法律意见书不会必然导致对司法公正的干涉。

（1）从对法官独立审判的影响看，在某一具体案件的审理过程中，根据诉讼的基本法理，法官裁判的事实依据是来自于法庭上经当事人之间辩论、质证而确认的证据，以及由此认定的案件事实。那么在专家法律意见书出现后，如果法官的裁判依据直接来源于专家意见的话，则表明专家意见影响了裁判结果，并可能干扰了司法独立；如果法官裁判并未采纳专家意见，则至少可以说专家意见并未干扰司法独立。[③] 法官对于某一案件所涉的法律事实的认定与专家对案件的认定只会存在相同与不同两种情况。如果认定相同，则不存在影响的问题。在两者不相同的情况下，如果法官坚持以自己的认识审理，则专家法律意见书也未必对司法独立产生影响。仅在法官与专家的意见不同，而法官最终采用了专家的意见时，才存在对司法独立影响的可能性。

（2）从对司法公正的影响看。司法公正以司法独立为先决条件，专家法律意见书对司法公正产生影响首先必然干涉法官的独立审判。从上面的分析可以看出，专家法律意见书只在特定的情况下才可能对法官的独立审判产生影响。而此时又可分为两种情况，①法官的认定更接近于实体公正；②专家的意见更接近于实体公正。在第二种情况下，法官采用的专家的意见，则是采用了更为公正的裁判，这并非是对司法公正的干涉；而仅在第一种情况下才有可能干涉了司法公

---

① 参见杨吉：《专家意见：在说与不说之间》，http：//www. blogchina. com/new/display/17141. html，2003年11月22日。

② 参见谢望原：《专家意见书的是与非》，载《中国律师》，2001年第10期。

③ 参见周登谅：《专家法律意见书能走多远》，载《中国律师》，2004年第1期。

正。假设大多数专家所出具的法律意见是确实根据案件事实和法学理论得出的，并不存在一些人为的因素在其中的话，在我国目前的司法体制下，专家的意见则更接近于实体真实的情况。因此笔者认为专家法律意见书对于公正司法的影响更多的表现在保护司法的公正而不是对司法公正的亵渎。

那么为什么仍然有相当数量的人认为专家法律意见书会干涉司法公正呢？笔者认为，原因主要在于专家法律意见书进人诉讼过程的不公开、不透明等一些程序上的问题。例如专家法律意见书并不在法庭上出示、不对其进行辩论，使对方当事人失去了平等的诉讼权利的机会，而造成程序上的不公正，以及专家意见书的有偿性问题，也使得一些人认为专家失去了中立的地位，而成为某一方当事人的法律服务提供者。事实上参与论证的专家既不是当事人也不是证人而属于局外人，进而专家意见只是一种学理上的解释。司法独立要求司法主体不仅要独立于其他政治机关，也要独立于当事人及当事人以外的人。司法主体没有义务服从其自身以外的人的意见和观点。专家意见作为一种学理解释，它对法官并没有任何的拘束力。这里起作用更多的是一些“场外因素”，专家意见可能被作为一种影响裁判的手段使用，就其本身而言并不会干扰司法独立。[①] 正是存在这种运用专家法律意见书来影响裁判的可能，因此许多人认为专家意见书干扰了司法独立以及司法公正。

（三）专家法律意见书的发展趋势

1. 专家法律意见书的功效与弊端

（1）功能。尽管对于专家法律意见书的讨论仍无定论，而且目前仍无任何法律、法规对专家法律意见书的现象进行规范，但是案件当事人却热衷于通过专家论证作出的专家法律意见书，来实现其自身诉讼利益。虽然存在个别专家法律意见书可能干扰了法院的独立审判权，侵害了一些当事人的合法权益或者使一些违法行为没有得到应有的法律制裁，但从总体上看，法学家出具论证意见是有其现实合理性，或者说有存在的价值：

第一，专家法律意见书可以帮助法官公正审理案件，减少错案。专家法律意见书是法学家结合具体案件从理论深度多方位地对案件进行分析和论证，在解决法律适用这一复杂问题时，有助于解决案件中的疑难法律问题，可以帮助法官正确适用法律、法规。在我国法官法律专业素质和司法职业道德整体上不高、在离实现司法公正应有的水准差距甚远的情况下，专家意见书有助于法官公正审理案件，使判决结果更为合理。专家法律意见书往往出自于知名的学者或专家，其对

① 参见周登谅：《专家法律意见书能走多远》，载《中国律师》2004 年第 1 期。

问题的分析和论证相较一些法官的判断而言更接近实体正义。在这种情况下法学家在查阅案件是非之后，为法官提供“法律意见”，无疑有助于法官作出公正的裁判。

而且目前在我国司法独立遭到不同程度侵害的环境下，专家法律意见书还在一定程度上减少其他方面对于法官独立审判的印象。当前司法腐败的现象仍然大量存在，一些法官滥用审判权枉法裁判，如果有专家法律意见书的存在，这些法官作出的裁判与专家所认定的意见背道而驰，则其腐败行为被发现的可能便会增大，这在一定程度上可以使得一些试图枉法裁判的法官有所顾虑，在一定程度上减少枉法裁判的可能。

第二，专家法律意见书可以缓解当事人的对立情绪。专家法律意见书对于当事人而言，其首要功能便是起到消解对立与不满情绪。专家法律意见书在一定程度上可以慰藉当事人的心理，排解、释放其心中对司法的不信任感。从当事人的角度来看，寻求诉讼公正、维护自身的利益是其天性使然。当事人除了聘请律师参加诉讼外，会设法动用各种社会力量以影响司法机关的裁判。于是知名专家和学者便成了他们所寻求和借助的一股重要力量。通过专家论证对某一诉讼问题进行深入的分析并期待专家意见能成为扭转不利诉讼局面。从某种意义上说，专家论证和专家意见成了当事人的一种“心灵寄托”。通过这种方式，至少让当事人看到仍然有在说理上的可能，让当事人对不利诉讼局面的困惑与不满情绪能通过专家论证得以排解和宣泄。从而防止造成当事人与政府之间的极端对立。[①]

（2）当前专家法律意见书运用中的问题。“正义应当实现，并且应当以看得见的方式来实现。”这句法谚明确地表达出了实体正义需要程序正义来予以保障。当前，专家法律意见书之所以受到诸多质疑，主要是因为专家法律意见书在进入诉讼程序中存在的一些程序问题，并未以一种“看得见”的程序运行着。因此尽管专家法律意见书在一定程度上有助于实现实体正义，但是由于其在运用程序上的缺陷而招致质疑，主要包括：

第一，由当事人自行召集专家进行论证。①召集专家进行论证并非是一项法定的诉讼权利。诉讼权利是一项法定权利，只有法律规定的活动才可以作为诉讼权利来实施，而法律没有规定的内容，则难以成为诉讼权利。确定这一标准是为了防止由于双方当事人的自然状况、经济状况、社会地位等不尽相同而引起在诉讼过程中的实质上的不平等。但从目前任何有关诉讼程序的规定中，都找不出提交专家法律意见书的依据。因此，当事人无权自行召集专家进行论证。②在目前

① 参见周登谅：《专家法律意见书能走多远》，载《中国律师》2004 年第 1 期。

当事人自行召集专家进行论证的情况下，当事人必然会向进行论证的专家给与一定的酬劳。专家对某一案件进行论证而出具专家法律意见书是一种劳务活动，专家因此获得收益无可厚非。但是问题在于当事人向法院提交的专家法律意见书的内容必然是将诉讼利益归于己方。这便将专家的劳动收入与当事人的诉讼利益结合起来而使人想到专家如代理律师一样，为了当事人的利益而出具有倾向性的意见书。

第二，论证过程及论证结果不予公开。①专家进行的论证过程不公开。目前的专家论证的过程通常是由当事人的代理律师联系一些法学专家或者法院、检察院、公安机关邀请一些专家对某一案件的疑难问题和法律适用问题进行论证。但是具体在何时何地论证以及如何论证均不予公开，最终只落实到一份专家法律意见书上。这不免会令人再次联想到专家所收到的酬劳而使专家论证和专家法律意见书的公信力下降。②专家法律意见书的内容不公开。实践中，专家法律意见书只是召集论证的主体和法官才可以阅读到。在法庭审理过程中因为专家法律意见书既不是律师的代理词也不是勘验检查结果，不是我国证据法上所规定的证据种类而不可能出现在法庭之上，由当事人对其进行质证和辩论。而在判决中法官也不可能援引法律意见书的内容加以阐述，因此专家法律意见书只是向法官公开，正因为这种不公开也招致了诸多质疑。

2. 完善我国专家法律意见书的实践

对专家提出法律意见的问题应该客观的、辩证的看待。专家法律意见书是目前中国司法现状下一种暂时的、具有相对合理性的做法，随着我们法官素质的提高，随着整个社会的法治素质的提高，专家法律意见书这一形式总有一天会退出历史舞台。但在现阶段，法官的独立能力和独立品格都还有待加强，法学专家参与司法实践对推进法律发展具有积极作用，但具体到以专家名义向法院递交法律意见书时，应该主要针对案件中抽象出的有关法律问题和法官对事实的推理分析过程发表评论。

（1）制度上的规定。专家法律意见书本身是有利于实现司法公正的，但是由于程序上的缺陷使其不能完全发挥作用，因此在我国当前的法治状况下，为了完善诉讼程序，笔者建议我国可以仿效美国“法庭之友”制度，在专家论证现状的基础上吸收并发扬其合理成分，建立我国的“专家法律论证”制度。

专家法律论证在一些法院（包括最高人民法院）已经开始实施，其目的在于就一些重大的法律问题、最高人民法院的司法解释、重要案件听取法学专家们的意见。这种专家咨询可以有固定的组织，如“专家咨询委员会”，也可以为了特定案件、特定法律问题而临时组织。

笔者建议将当前的专家法律论证实践扩大化、制度化。邀请法学专家进行论证可以在诉讼的任何阶段进行，不仅仅是法院在审判阶段，而且检察院在审查起诉、监督阶段，公安机关或者侦查案件过程中，如果遇到疑难的问题，如关于案件事实的定性、证据的认定以及法律适用的问题，都可以向法律专家咨询，由法律专家进行论证并提出意见。此时，专家论证、专提交专家论证意见书，并不能是为了某一方当事人的利益，而是为了正义得以伸张、公正得以实现，只有这样其中立性才是有保障的。

（2）具体程序设置

第一，专家法律意见书应保留其“学术解释”的性质。专家法律意见书并不具有强制性，而只是参考作用。为法官、检察官、公安干警以及案件当事人、律师和社会公众提供一个将法学理论与具体案例相结合的“案例分析材料”。法官、检察官以及公安干警可以根据意见书的认定作出裁判或者决定，案件当事人、律师可以根据意见书做好应变的准备，而对于广大民众，专家法律意见书则可以成为他们了解案件以及学习的好材料。

第二，专家法律意见书应只能对案件中法律适用以及疑难问题的定性作出论证结果，而不应对案件的事实发表意见。案件事实是客观存在的，因此法学专家仅应对如何认识该事实以及如何运用法律进行处理进行论证。

第三，法学专家可以是受聘于法院、检察院或者公安机关，也可以根据某一案件的特殊情况而临时组织法学专家组进行论证。并且一旦这些法学专家受聘于法院、检察院或者公安机关，则不能在该聘请机构所在辖区从事辩护与代理业务。①

第四，提起程序。对于“专家论证会”的召集人，笔者认为应坚持“依职权为主，申请为辅”的原则。具体而言，法院、检察院和公安机关在认为需要进行专家论证的情况下，可以依职权邀请专家对案件中的疑难进行论证；案件当事人可以申请法院对案件进行论证，若法院认为有必要进行论证，则由人民法院组织进行论证。当事人不得自行聘请专家进行论证，法院也不得接受当事人自行聘请专家所得的论证意见书。此时法律专家既不是受托于一方当事人，也不受托于另一方当事人，而是以法律问题研究为目的或以公益为目的，向法院提交自己的法律见解，其中合理性便得以保障。

第五，专家论证会应尽可能公开，除非涉及国家秘密或个人隐私等内容。②

① 参见周登谅：《专家法律意见书能走多远》，载《中国律师》2004 年第 1 期。

② 参见盛大林：《“专家论证会”应该怎么开?》，载《中州统战》2003 年第 11 期。

专家论证会应公开，专家的论证结果也应公开。公开是公平公正的保证。只有公开了，透明了，大家都看得到了，才能排除任何的腐败因素，也就可以保证专家论证的中立以及正确性。

（3）监督与自律。专家所作的论证意见不是有权解释而只是一种学理解释，因此，专家法律意见书不可能是判决的依据，至多只起到参考的作用。针对当前司法实践中专家法律意见书所表现出来的负面因素，笔者认为这些因素是可以克服的，但要建立良好的法治秩序，需要法律共同体内所有法律人的共同维护。

就法院自身来讲，一方面，对专家法律意见书要正确认识并区别对待。要看清专家是在怎样的立场下对什么样的问题发表意见，对案件的事实问题法官要根据庭审质证、认证的结果确定。法律之所以设置一整套复杂的诉讼程序，其目的之一就是要避免法官的先入为主，法官绝不能因为某某专家的意见而放弃对案件事实的审查。对于专家所发表的关于法律问题的意见，既要坚持“兼听则明”，又要保持清醒的头脑，做到不排斥、不盲从。审判独立的含义之一就是要求法官能抵制来自各方面的直接或间接的干扰和诱惑，根据自己的理性和良知对案件作出审慎的裁决。另一方面，法院必须不断推进“职业化”建设，大力培养和选拔学术理论功底过硬的法官。现在当事人找专家出具意见书，可以说是对法院公信力的批判。事实上，如果法官没有足够的学识和经验，是无法作出理性判断的，从这一意义上讲，司法独立就不仅是一种权力，而首先是一种能力，一种意志坚强、审慎判断的能力。现在许多人对“法官职业化”建设心存疑虑，往往是从外部视角出发的，如果从内部视角看问题，就应该增加紧迫感。最高人民法院提出推进法官职业化建设是及时也是非常必要的。如果法官本身就是专家，所谓专家法律意见书对审判工作的影响也就不会成为一个问题。

就法院外部角度讲，专家也要自律，对尚在审理过程中的案件，专家发表意见要格外慎重。包括专家在内的一切公民都有权就法院的判决发表自己的评论甚至批评，但应主要在事后发表。现在有些专家仅依据一方当事人提供的证据材料就对案件的事实进行推断是不妥当的，事实上，这也有损专家的自身形象。

在现阶段，法官的独立能力和独立品格都还有待加强，法学专家参与司法实践对推进法律发展无疑有着不可替代的积极作用，但具体到以专家名义向法院递交法律意见书时，应该主要针对案件中抽象出的有关法律问题和法官对事实的推理分析过程发表评论。如果专家认为有必要对案件事实的断定和法律适用问题发表全面的意见，完全可以通过将该意见纳入一方当事人的代理或辩护意见向法院

提出，并从而进入诉讼程序接受对方当事人的质证、辩驳，最终制约或影响裁判的形成。[①]

对专家法律意见书和专家论证的问题应客观地、辩证地来看待。专家法律意见书是目前中国司法现状下一种暂时的、具有相对合理性的一种做法。我们应从制度上对其进行完善，是其能够发挥更大的作用。随着我们法官素质的提高，随着整个社会民众的法治素质的提高，专家法律意见书这种形式可能会退出历史舞台。但是专家为司法机关提供学术意见这种有利于司法的制度应予以保留。

九、结语

在 2003 年的中国刑事司法中，刘涌黑社会性质组织犯罪案件是一个带有社会轰动效应的案件。从 2000 年该案被公安机关立案侦查伊始，媒体便对案件当事人、案件的具体情况以及诉讼的进展情况作了大量的报道。该案之所以受到关注，其原因之一在于案件的性质，另一原因在于该案在审理过程中一波三折。

黑社会性质组织犯罪发展到一定阶段，必然寻求“保护伞”的庇护。黑社会性质组织一旦与腐败官员取得联系，将会造成更大的社会危害性。寻求“保护伞”庇护应为黑社会性质组织犯罪的特征之一，在打击黑社会性质组织犯罪时必须深挖其背后的保护势力。从根本上截断两者的联系，不仅是打击黑社会性质组织犯罪的需要，也有利于减少腐败现象。

刑讯逼供所得的证据不能作为认定案件事实和定罪量刑的依据，目前，非法证据的衍生证据的证明力也应予以排除。在我国刑事司法中应秉持着实体正义与程序正义并重的理念，不能只偏重一方。

民意对于死刑适用的影响应限于在死刑改革的宏观问题之上。在死刑案件中，法院只应以事实为依据，以法律为准绳，不应受到民意的影响。在我国死刑改革的进程中，民众的意见是决策者必须考虑的因素，但是民意绝不是决定性因素。我国废除死刑可以分为司法上严格限制适用死刑、减少刑法死刑罪名、停止适用死刑以及明文废除死刑几个阶段。

尽管专家出具法律意见书受到了诸多质疑，但是不能否定的是这种方式是在法制不健全、法官素质不高的情况下减少错判误判的一种良好的方式。效仿国外在我国建立专家法律意见制度具有可行性。因此要在制度上予以明确规定，运作程序透明合法，同时法院和专家应自我约束。

---

① 参见浙江省高级人民法院研究室：《“专家意见书”对审判工作的影响》，载《法律适用》（月刊），2003 年第 10 期。

围绕刘涌一案可以提出许多值得深入探讨的法理问题，如辽宁省高级人民法院的改判是否具有正当性、究竟应当如何看待死刑的作用、应当如何看待辩护律师的功能、如何处理媒体与司法之间的关系、最高人民法院对案件提审是否合适等。鉴于时间与能力的限制，本文只选取其中 4 个问题做了分析。

尽管刘涌案在司法程序上已经划上了一个句号，但该案带给我们的法律思考不应当随着刘涌被执行死刑而终结。

（撰稿人　万立雪*）

* 北京大学法学院博士研究生

附录一：

辽宁省铁岭市中级人民法院
刑事附带民事判决书（节选）

（2001）铁中刑初字第68号

公诉机关：辽宁省铁岭市人民检察院

……

被告人刘涌，男，1960年11月30日出生，汉族，辽宁省沈阳市人，初中文化，系沈阳嘉阳集团董事长，住沈阳市和平区丽景城市花园D座11楼2号。1994年因伤害被沈阳市公安局收容审查一次。因本案于2000年7月11日被拘留，同年8月10日被逮捕。现羁押于辽宁省铁岭市看守所。

……

辽宁省铁岭市人民检察院以铁市检刑诉（2001）54号起诉书指控被告人刘勇犯组织、领导黑社会性质组织罪、故意伤害罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、私藏枪支、弹药罪、妨害公务罪、非法经营罪、偷税罪、行贿罪。

……

辽宁省铁岭市人民检察院起诉书指控：

1995年底至2000年5月，被告人刘涌，以沈阳市嘉阳（百佳）集团为依托，伙同被告人宋健飞纠集吴静明、董铁岩、李志国、程健、张建奇、刘凯锋、张新民、马新阳、项培岳等人为主要骨干成员，组成相对稳定的具有黑社会性质的犯罪组织，非法持有、私藏枪支、弹药和管制刀具等作案工具，采取暴力手段聚敛钱财，以商养黑，大肆进行一系列严重破坏经济、社会秩序的犯罪活动。被告人刘涌自1989年至2000年间作案39起，其中属于黑社会性质犯罪组织形式所实施的犯罪24起。构成组织、领导黑社会性质组织罪、故意伤害罪、抢劫罪、非法经营罪、偷税罪、敲诈勒索罪、妨害公务罪、行贿罪、私藏枪支、弹药罪。在犯罪过程中，致1人死亡，10人重伤（6人伤残）。

……

对公诉机关起诉书指控的犯罪事实，各被告人及其辩护人在开庭审理中的辩

解和辩护意见如下：

被告人刘涌辩解从未指使、授意他人进行黑社会性质组织犯罪；故意伤害宁勇已经过公安机关调解处理；未枪击佟俊林、刘宝贵；未唆使吴静明枪击孙树鹏；枪击李俊岩系因枪走火所致；无偷税、非法经营行为；只向马向东行贿2万美元。送高明贤、杨礼维钱的行为不是行贿，未向刘实、凌德秀行贿。

被告人刘勇的辩护人提出：被告人刘涌的行为不构成组织、领导黑社会性质组织罪、非法经营罪、偷税罪、行贿罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、妨害公务罪。

……

本院认为：被告人刘涌以暴力、威胁等手段，有组织地进行违法犯罪活动，非法持有枪支和管制刀具等作案工具，采取暴力手段聚敛钱财，以商养黑，通过贿赂等手段引诱国家工作人员参加黑社会性质组织及为其提供非法保护，在一定区域或者行业范围能称霸一方，为非作恶，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序。其行为构成组织、领导黑社会性质组织罪；故意非法侵害他人身体健康，其行为构成故意伤害罪；故意损坏公私财物，数额巨大，且情节严重，其行为构成故意毁坏财物罪；违反国家规定，未经许可经营专卖物品，情节特别严重，其行为构成非法经营罪；为谋求不正当利益，寻求保护伞，给予国家工作人员财物，数额特别巨大，其行为构成行贿罪；违反枪支管理规定，非法持有枪支弹药，其行为构成非法持有枪支罪；以暴力方法，阻碍国家机关工作人员依法执行职务，其行为构成妨害公务罪。被告人刘涌有组织地进行一系列犯罪活动，作案时间长，手段残忍，在该犯罪集团的形成、发展以及犯罪活动中起组织、领导、指挥作用，系首要分子，应对该犯罪集团的全部罪行承担责任。被告人刘涌罪行极其严重，其所犯数罪应实行并罚。因其犯罪行为给附带民事诉讼原告人刘宝贵、扈艳造成的经济损失应予赔偿，对附带民事诉讼原告人所提出的诉讼请求的合理部分应予支持。公诉机关指控被告人刘涌犯组织、领导黑社会性质组织罪、故意伤害罪、非法经营罪、行贿罪、妨害公务罪的罪名成立。指控的故意毁坏财物的事实成立，但认定犯抢劫罪，定性不当，应认定为故意毁坏财物罪。指控其犯私藏枪支、弹药罪定性不当，应认定为非法持有枪支罪。指控其犯偷税罪、敲诈勒索罪，指控的罪名不成立。

被告人刘涌辩解和辩护人均提出不构成组织、领导、参加黑社会性质组织罪，非法经营罪、偷税罪、行贿罪，在故意伤害罪中事实不清，证据不足。经查，被告人刘涌纠集宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国、程健等结成较为固定的犯罪组织，并给予他们一定的经济利益，垄断市场，欺行霸市，摆平事端，非法经营和行贿，其行为符合组织、领导黑社会性质组织罪的构成要件。对被告人及

辩护人意见不予采纳。在伤害事实中，因有证人证言、被害人陈述、鉴定结论、各被告人在侦查机关的供述，事实清楚，证据充分，对其辩解、辩护意见不予采纳。伤害宁勇一起，有自动投案和赔偿情节。被告人及其辩护人提出的不构成偷税罪、敲诈勒索罪的辩解、辩护意见，予以采纳。

根据被告人刘涌的犯罪事实和情节，应适用《中华人民共和国刑法》第 294 条 1 款、3 款、234 条 2 款、225 条 1 款、389 条 1 款、390 条 1 款、128 条 1 款、275 条、277 条 1 款、25 条 1 款、26 条 1 款、3 款、57 条 1 款、64、69 条、36 条及《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条和《中华人民共和国民法通则》第 119 条的规定定罪处罚。

……

上列被告人及其辩护人提出的公安机关在侦查阶段有刑讯逼供行为。经公诉机关调查，认定公安机关有刑讯逼供行为的证据不充分，对此辩解及辩护意见不予采纳。

为保护公民人身权利、民主权利和其他权利不受非法侵犯，维护社会生活秩序和经济秩序，惩罚犯罪，根据上列各被告人的犯罪事实和情节，判决如下：

一、被告人刘涌犯故意伤害罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；犯组织、领导黑社会性质组织罪，判处有期徒刑 10 年；犯故意毁坏财物罪，判处有期徒刑 5 年；犯非法经营罪，判处有期徒刑 5 年，并处罚金人民币 1 500 万元；犯行贿罪，判处有期徒刑 5 年；犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑 3 年；犯妨害公务罪，判处有期徒刑 3 年。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处罚金人民币 1 500万元。

……

审判长：赵　权

审判员：张桂英

代理审判员：赵国忠

2002 年 4 月 17 日

书记员：赵宇辉

丁　宁

附录二：

最高人民法院再审刘涌案
刑事判决书

（2003）刑提字第5号

公诉机关：中华人民共和国最高人民检察院

再审被告人刘涌，男，1960年11月30日出生于辽宁省沈阳市，汉族，初中文化，原系沈阳嘉阳企业集团有限责任公司董事长，住沈阳市和平区丽景城市花园D座11楼2号。因本案于2000年7月11日被拘留，同年8月10日被逮捕。现羁押于辽宁省锦州市第二看守所。

辩护人佟林，北京市万森律师事务所律师。

辩护人徐冲，北京市天为律师事务所律师。

辽宁省铁岭市人民检察院于2001年8月10日向铁岭市中级人民法院提起公诉，指控被告人刘涌犯组织、领导黑社会性质组织罪，故意伤害罪，抢劫罪，敲诈勒索罪，私藏枪支、弹药罪，妨害公务罪，非法经营罪，偷税罪，行贿罪。同时，附带民事诉讼原告人扈艳、刘宝贵对被告人刘涌等人提起附带民事诉讼。铁岭市中级人民法院于2002年4月17日作出（2001）铁中刑初字第68号刑事附带民事判决：

认定被告人刘涌犯故意伤害罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；

犯组织、领导黑社会性质组织罪，判处有期徒刑10年；

犯故意毁坏财物罪，判处有期徒刑5年；

犯非法经营罪，判处有期徒刑5年，并处罚金人民币1 500万元；

犯行贿罪，判处有期徒刑5年；

犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑3年；

犯妨害公务罪，判处有期徒刑3年。

决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处罚金人民币1 500万元。判处刘涌赔偿附带民事诉讼原告人扈艳人民币1万元，赔偿附带民事诉讼原告人刘宝贵人民币5 420元。对刘涌聚敛的财物及其收益，以及用于犯罪的工具，依法追缴、

没收。判决宣告后，刘涌不服，提出上诉；附带民事诉讼原告人扈艳、刘宝贵亦不服，提出上诉。辽宁省高级人民法院于 2003 年 8 月 11 日作出（2002）辽刑一终字第 152 号刑事附带民事判决，撤销原一审判决中对刘涌故意伤害罪的量刑部分及对附带民事诉讼原告人扈艳的民事赔偿部分。

认定刘涌犯故意伤害罪，判处死刑，缓期 2 年执行，剥夺政治权利终身；

犯组织、领导黑社会性质组织罪，判处有期徒刑 10 年；

犯故意毁坏财物罪，判处有期徒刑 5 年；

犯非法经营罪，判处有期徒刑 5 年，并处罚金人民币 1 500 万元；

犯行贿罪，判处有期徒刑 5 年；

犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑 3 年；

犯妨害公务罪，判处有期徒刑 3 年。

决定执行死刑，缓期 2 年执行，剥夺政治权利终身，并处罚金人民币 1 500 万元。判处刘涌赔偿刘宝贵人民币 5 420 元；赔偿扈艳人民币 1 万元，对扈艳的赔偿与其他同案被告人共同承担连带责任。对刘涌组织、领导黑社会性质组织犯罪聚敛的财物及其收益，以及用于犯罪的工具，依法追缴、没收。

该判决发生法律效力后，本院于 2003 年 10 月 8 日作出（2003）刑监字第 155 号再审决定，以原二审判决对刘涌的判决不当为由，依照审判监督程序提审本案。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。最高人民检察院指派检察员姜伟、张凤艳出庭支持公诉。再审被告人刘涌及其辩护人佟林、徐冲到庭参加诉讼。现已审理终结。

辽宁省铁岭市中级人民法院原一审判决认定，1995 年底至 2000 年 7 月，被告人刘涌纠集同案被告人宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国、程健等人，组成具有黑社会性质的犯罪组织，非法持有枪支和管制刀具，采取暴力手段聚敛钱财，引诱、收买国家工作人员参加黑社会性质组织或者为其提供非法保护，实施犯罪 27 起。此前，在 1989 年至 1992 年间，刘涌还伙同他人实施故意伤害犯罪 4 起。刘涌共作案 31 起，其中直接或者指使、授意他人实施故意伤害犯罪 13 起，致 1 人死亡，5 人重伤并造成 4 人严重残疾，8 人轻伤；故意毁坏财物犯罪 4 起，毁坏财物价值人民币 31 700 元；非法经营香烟，经营额人民币 7 200 万元；行贿犯罪 6 起，行贿人民币 41 万元、港币 5 万元、美元 95 000 元、物品价值人民币 25 700元；非法持有枪支 1 支；妨害公务犯罪 1 起。其行为构成组织、领导黑社会性质组织罪，故意伤害罪，故意毁坏财物罪，非法经营罪，行贿罪，非法持有枪支罪，妨害公务罪。刘涌在黑社会性质组织的犯罪活动中起组织、领导作用，系首要分子，应对该组织所犯的全部罪行承担责任。其故意伤害犯罪，罪行极其严

重，依法应当判处死刑，与所犯其他数罪并罚。

辽宁省高级人民法院原二审判决认为，一审判决认定被告人刘涌的主要犯罪事实和证据未发生变化，应予以确认。对刘涌及其辩护人提出的公安机关在对刘涌及其同案被告人讯问时存在刑讯逼供的辩解及辩护意见，经查，不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供。刘涌系黑社会性质组织的首要分子，应当按照其所组织、领导的黑社会性质组织所犯的全部罪行处罚。其所犯故意伤害罪，论罪应当判处死刑，但鉴于其犯罪的事实、性质、情节和对社会的危害程度以及本案的具体情况，对其判处死刑，可不立即执行。

本院再审开庭审理时，公诉人认为原判认定的刘涌的犯罪事实清楚，证据确实、充分。但原二审判决认为不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供，并对刘涌改判死刑，缓期二年执行不当，应予纠正。

再审被告人刘涌对原判认定的部分事实提出异议，辩解称：未指使程健、宋健飞等人殴打被害人王永学，程健、宋健飞等人殴打王永学系为绰号叫老狐狸的赵德军进行报复；未指使、授意他人殴打、伤害刘燕、崔岩、周刚、范振斌等被害人；未指使他人打砸沈阳中街大药房；未枪击佟俊森、刘宝贵；故意伤害宁勇已经过公安机关调解处理，不应再追究刑事责任；只向马向东行贿 2 万美元，未向刘实、姜新本、凌德秀行贿，未请托刘实、马向东等人为自己谋取不正当利益；未组织、领导黑社会性质组织；公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供。

再审被告人刘涌的辩护人提出的辩护意见与刘涌的辩解相同，并认为刘涌及其同案被告人在侦查阶段的口供不应作为证据使用。

经再审开庭审理查明：再审被告人刘涌自 1995 年以来，先后纠集原审同案被告人宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国、程健、张建奇、刘凯峰等人，在原审同案被告人朱赤、刘军、孟祥龙、房霆（均系警察）的参与及纵容下，逐步形成以其为首，以其建立的企业为依托的黑社会性质组织，采取暴力等非法手段聚敛钱财，收买国家工作人员马向东、刘实、焦玫瑰、高明贤、凌德秀、姜新本、杨礼维（均另案处理）等人为其提供非法帮助，在一定区域和行业范围内有组织地进行违法活动。具体事实如下：

1998 年 2 月 25 日，再审被告人刘涌因沈阳市盛京饭店起诉其公司拖欠购房款，而对该饭店总经理刘燕不满，指使宋健飞、张建奇、刘凡（在逃）持片刀、枪刺在盛京饭店东门前向刘燕头、面、臂等处连砍数刀，致刘燕重伤，伤残程度五级。该饭店职工崔军、刘淑贤见状上前解救刘燕时，也被砍为轻微伤。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人刘燕陈述：因与刘涌发生债务纠纷，1998 年 2 月 25 日，刘涌雇人

在盛京饭店门前用刀将她头、面、臂等处砍伤。

2. 被害人刘淑贤、崔军陈述：1998 年 2 月 25 日，他们在盛京饭店门前随刘燕外出时，被人持刀砍伤。

3. 法医鉴定结论：被害人刘燕左尺骨骨折，左面部神经断裂，损伤程度为重伤，伤残程度五级；被害人刘淑贤、崔军均为轻微伤。

4. 原审同案被告人宋健飞、张建奇供述：在刘涌指使下，他们伙同刘凡将刘燕、刘淑贤、崔军砍伤。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1998 年 4 月 20 日，再审被告人刘涌在沈阳市沈河区怀远门滚石迪厅跳舞时与两名女青年发生纠纷，又与保安人员发生厮打。经公安机关处理，刘涌作了赔偿。刘涌为此不满，指使宋健飞、吴静明纠集董铁岩、李志国、刘凯峰、张建奇等人于同年 5 月 1 日下午到滚石迪厅，持砍刀和铁管砍、打迪厅员工，将赵智的头、面、手、腿部和金长发的肩、肘部砍伤，致赵智轻伤，金长发轻微伤，并砸毁迪厅内的电视、桌椅、门窗玻璃等物品，价值人民币 11 340 元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人高翔证明：1998 年 4 月 20 日，刘涌等人在滚石迪厅殴打两名女青年和两名保安人员。同年 5 月 1 日下午，一伙人持刀、铁管到滚石迪厅砸坏电视、桌椅、玻璃等物品，并将赵智、金长发砍伤。

2. 被害人赵智、金长发陈述及证人陈淑芳、梁海证明：1998 年 5 月 1 日下午，一伙人持刀、铁管到滚石迪厅打砸物品，砍伤赵智、金长发。

3. 法医鉴定结论：被害人赵智为轻伤；被害人金长发为轻微伤。

4. 估价鉴定结论：滚石迪厅被砸毁物品价值人民币 11 340 元。

5. 原审同案被告人宋健飞、吴静明、李志国、董铁岩、刘凯峰、张建奇、朴成文供述：打砸滚石迪厅系受刘涌指使，为刘涌出气。

6. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1998 年 10 月 30 日，再审被告人刘涌邀请他人到沈阳大卫营健康休闲俱乐部（以下简称大卫营）娱乐，随刘涌一同前往的还有程健、朱赤、房霆、项培岳（原审同案被告人）等人。因刘涌等人观看演出时，服务人员将包房让与周刚和警察杜军、朱永刚等人，双方发生口角厮打。房霆持手枪威逼对方，刘涌指使闻讯赶来的张晓伟、孙乃洪（均另案处理）持刀向周刚头、胸、腹、四肢等处猛刺十余刀，致周刚脾破裂，失血性休克，脾摘除，造成重伤，伤残程度五级。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人周刚陈述及证人朱永刚、杜军证明：1998 年 10 月 30 日晚，他们在大卫营因包房问题与刘涌等人发生口角厮打，周刚被连刺十余刀。

2. 法医鉴定结论：被害人周刚脾破裂、脾摘除，失血性休克，为重伤，伤残程度五级。

3. 证人孙乃洪、张晓伟证明：刘涌等人在大卫营与他人发生冲突，刘涌指使他们持刀将对方一人刺伤。

4. 原审同案被告人程健、房霆、项培岳、刘军、朱赤供述：1998 年 10 月末一天，他们与刘涌在大卫营因包房问题与周刚等人发生斗殴。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1999 年 1 月份的一天晚上，朱赤、刘军、房霆与刘建军（另案处理）等人在再审被告人刘涌经营的沈阳娱乐城 B99 包房内饮酒时，朱赤与在 A01 包房内饮酒的李俊岩发生争执。经刘涌调解未果，李俊岩与朱赤在 B99 包房内再次发生厮打。朱赤向天棚开枪，刘军、房霆等人持手枪逼住见状上前的李俊岩的随行人员刘正岩、张晓伟、孙乃洪，向其周围连开数枪。刘涌持朱赤的手枪，把李俊岩拽到 A01 包房，向李俊岩左腿部连开两枪，致其轻伤。李俊岩被击伤后逃离现场，刘涌等人又驾车在沈阳市内四处追撵，因李俊岩逃往外地躲藏而未逞。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人李俊岩陈述及证人刘正岩、张晓伟、孙乃洪证明：1999 年 1 月的一天，李俊岩在娱乐城饮酒时与朱赤发生口角。朱赤向天棚开枪；刘军、房霆等人持枪逼住刘正岩、张晓伟、孙乃洪，向其周围连开数枪；刘涌在包房内，向李俊岩腿部连开两枪。

2. 法医鉴定结论：被害人李俊岩左腿两处贯通枪伤为轻伤。

3. 现场勘查笔录记载：娱乐城 A01 包房有两枚弹头，两处弹着点，B99 包房有三处弹着点。

4. 原审同案被告人刘军、朱赤、房霆供述及证人刘建军证明：1999 年 1 月的一天，朱赤与李俊岩在娱乐城饮酒时发生厮打，朱赤向天棚开枪；刘军、房霆等人向刘正岩等人周围连开数枪；刘涌在包房内向李俊岩左腿连开两枪。李俊岩逃走后，他们与刘涌又驾车在沈阳市内四处追撵。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1999 年 1 月 8 日晚，宋健飞、吴静明在沈阳市小格兰酒店饮酒时，与黄刚等

人发生斗殴被刺伤。再审被告人刘涌闻讯后，带领宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国、朱赤、刘军及张昊（另案处理）等人驾车赶到沈阳市第四人民医院，报复因受伤在此治疗的黄刚。刘涌在楼下等候，董铁岩、李志国、张昊等人持刀在手术室门口砍刺陪同黄刚的孙岩，致孙岩轻伤。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人孙岩陈述及证人黄刚证明：1999 年 1 月一天夜里，孙岩在第四人民医院手术室门外被刘涌一伙人砍伤。

2. 法医鉴定结论：被害人孙岩为轻伤。

3. 原审同案被告人宋健飞、吴静明、李志国、董铁岩、朱赤、刘军供述及证人张昊证明：1999 年 1 月 8 日晚，宋健飞、吴静明与黄刚等人发生斗殴后，刘涌带领他们到第四人民医院，报复因受伤在此治疗的黄刚。董铁岩、李志国、张昊等人在手术室门口持刀砍伤一人。

4. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1999 年初，原审同案被告人马宗义因对本单位领导中国农业银行辽宁省分行副行长范振斌不满，请再审被告人刘涌帮其报复。在刘涌授意下，同年 2 月 24 日 17 时许，宋健飞、吴静明纠集董铁岩、李志国携带砍刀等凶器，经马宗义指认，在沈阳市沈河区杏林街 6 号交通银行门前，向范振斌头、胸、背、臀等处砍刺十余刀，致范振斌轻伤。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人范振斌陈述：1999 年 2 月 24 日 17 时许，其在交通银行附近被一伙人砍刺十余刀。

2. 法医鉴定结论：被害人范振斌为轻伤。

3. 原审同案被告人马宗义一审时当庭供述：受其请托，刘涌授意宋健飞等人帮其报复了范振斌。

4. 原审同案被告人宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国供述：1999 年初，他们按照刘涌的授意，在马宗义指认下持刀砍刺范振斌。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1999 年 4 月，再审被告人刘涌在取得沈阳市沈河区中央二段的一块国有土地使用权准备建百佳购物广场后，授意宋健飞、吴静明以暴力手段强行尽快拆迁该用地范围内的建筑。同年 5 月 14 日上午，宋健飞等人拆迁至刘凤江经营的中街大药房时，与药房职工发生冲突，刘涌闻讯赶到现场。在刘涌指使下，宋健

飞、吴静明、董铁岩、李志国等人持枪刺、砍刀、棒球棒冲进药房，追打药房经理代翼，致代翼面部、腿部轻伤，并砸毁药房物品，毁坏财物价值人民币14 670元。随后，宋健飞等人又闯入相邻的李连贵熏肉大饼店和台湾乡村牛肉面饭店，殴打服务员，砸坏门窗玻璃及店内物品。事后，《辽沈晚报》以“中街大药房白日遭遇歹徒”为题，对此进行报道，刘涌见后十分不满。刘凤江因惧怕刘涌报复，被迫在《辽沈晚报》上刊登前文报道有误的说明。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人代翼陈述及证人胡金生、刘凤江、韩翠明证明：1999 年 5 月 14 日上午，一伙人将中街大药房的柜台、药品、玻璃砸坏，将代翼刺伤。

2. 法医鉴定结论：被害人代翼为轻伤。

3. 现场勘查笔录记载：中街大药房的柜台、药品、玻璃被砸坏。

4. 估价鉴定结论：中街大药房被毁坏财物价值人民币 14 670 元。

5. 证人李天才、曹娟、邓文科、刘业军证明：1999 年 5 月 14 日上午，中街台湾乡村牛肉面饭店、李连贵熏肉大饼店的玻璃等物品被一伙人砸坏，服务员刘业军被殴打。

6. 原审同案被告人宋健飞、吴静明、董铁岩供述：刘涌为建百佳购物广场，授意他们采用暴力手段强行拆迁。当拆迁到中街大药房时，与该药房职工发生冲突。在刘涌指使下，他们持械冲进中街大药房和台湾乡村牛肉面饭店、李连贵熏肉大饼店，砸毁物品，殴打员工。

7. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1999 年 10 月，再审被告人刘涌得知有人销售“云雾山”牌香烟，影响其经销同种香烟后，指使程健去市场查看并“收拾”销售“云雾山”牌香烟的业户。同年 10 月 15 日上午，在沈阳市和平区南市农贸大厅，经程健派人指认，宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国及李凯（原审同案被告人）等人对销售“云雾山”牌香烟的业户王永学进行殴打，宋健飞并威胁他人“看谁还敢卖云雾山烟”。王永学因右肺门、右心房破裂，急性失血性休克合并心包填塞而死亡。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 法医鉴定结论：被害人王永学因遭受钝性外力作用，造成右肺门破裂、右心房破裂，急性大失血合并心包填塞死亡。

2. 证人张宝福、扈刚、扈艳、邢广海、王丽证明：1999 年 10 月 15 日上午，有一伙人在沈阳市和平区南市农贸大厅殴打王永学，并威胁“看谁还敢卖云雾山烟”。

3. 原审同案被告人程健、吴静明、宋健飞、董铁岩、李志国、李凯供述：为垄断“云雾山”牌香烟的销售市场，在刘涌的指使下，他们到沈阳市和平区南市农贸大厅殴打了王永学。董铁岩、李志国还供述：殴打王永学后，宋健飞威胁他人“看谁还敢卖云雾山烟”。

4. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

2000 年 5 月 3 日下午，再审被告人刘涌到沈阳市于洪区崇山东路崔岩家看相算命，崔岩说其身体不好。刘涌对此不满，指使宋健飞进行报复。同年 5 月 5 日 15 时许，宋健飞纠集董铁岩、李志国等人携带尖刀、砍刀到崔岩家，砍刺崔岩头、腹、臀等处十余刀，致其重伤。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人崔岩陈述：2000 年 5 月 3 日下午，刘涌找他算命，他说刘涌身体不好。同年 5 月 5 日 15 时许，他被三个穿黑衣服的人连刺十余刀。

2. 法医鉴定结论：被害人崔岩为重伤。

3. 证人王永清、张富良证明：2000 年 5 月 5 日 15 时许，有三个穿黑衣服的人用刀刺崔岩十余刀。

4. 原审同案被告人宋健飞、李志国、董铁岩、项培岳供述：因崔岩算命时说刘涌身体不好，刘涌指使他们去崔家，持刀刺伤崔岩。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1995 年末，再审被告人刘涌为筹办沈阳市百佳超市连锁店，要求盛京饭店一楼双兴购物中心业主吴迪出让经营场所，被吴迪拒绝。刘涌与程健和石鹏（另案处理）预谋后，指使吴静明、李志国、董铁岩等人到吴迪的办公室和住所，对吴迪及其家人进行殴打、骚扰、恐吓，并直接出面威胁，迫使吴迪出让了经营场所。期间，吴迪为减少损失，将购物中心中的 100 平方米转租给毗邻的佐丹奴专卖店业主曹俊奇。刘涌对此不满，以弥补吴迪终止经营损失为由，向曹俊奇索要人民币 25 万元，但只交给吴迪 5 万元。吴迪因被迫出让营业场所，遭受经济损失人民币 35 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人吴迪陈述：1995 年，刘涌采用殴打、威胁手段，迫使他出让了经营场所。因他将一部分房子租给曹俊奇，刘涌又以给他补偿为由，向曹俊奇索要人民币 25 万元，但只交给他 5 万元。

2. 证人曹俊奇证明：因其转租了吴迪的部分经营场所，刘涌迫使其支付了

吴迪损失费人民币 25 万元。事后吴迪说，刘涌只给了他 5 万元。

3. 估价鉴定结论：吴迪因出让双兴购物中心遭受经济损失人民币 35 万元。

4. 证人吴静证明：亲眼目睹吴迪在办公室被一伙人殴打。

5. 证人石鹏证明：刘涌租用双兴购物中心未果，派吴静明等人前去殴打吴迪。

6. 原审同案被告人董铁岩、程健、吴静明、李志国供述：刘涌为转租双兴购物中心而授意程健指使吴静明、董铁岩、李志国殴打吴迪；刘涌以给吴迪补偿为名，向曹俊奇索要人民币 25 万元。

7. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1997 年 4 月 21 日，沈阳大世界眼镜店业主尚宝成与金犀宝专卖店业主韩孺因牌匾问题发生争执。再审被告人刘涌应尚宝成请求出面找韩孺说和未果，遂带领宋健飞、吴静明、张建奇等人，到沈阳市和平区交警二大队院内找到韩孺，殴打并持刀刺伤韩孺腹部和腿部，致其轻微伤。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人韩孺陈述：因牌匾问题与尚宝成产生矛盾，尚宝成找刘涌等人对其进行殴打。其左腿被刺一刀，左上腹被刺两刀。

2. 法医鉴定结论：被害人韩孺为轻微伤。

3. 证人尚宝成证明：因牌匾问题与韩孺发生矛盾，找刘涌出面说和，刘涌将韩孺刺伤。

4. 原审同案被告人宋健飞、吴静明、张建奇供述：随刘涌殴打了韩孺。

5. 再审被告人刘涌在再审开庭时对上述事实供认不讳。

上述证据，本院予以确认。

1997 年 8 月 7 日，再审被告人刘涌因沈阳市盛京饭店水管漏水，冲浸了其经营的百佳连锁店，遂带领宋健飞、张建奇等人闯入该饭店经理翁玉珠的办公室，对翁进行殴打，砸坏办公室内物品。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人翁玉珠陈述：1997 年夏天，盛京饭店漏水，冲了百佳超市连锁店天棚。有一天，来了七八个人到办公室，对其殴打，砸坏室内部分物品。

2. 原审同案被告人宋健飞、张建奇供述：1997 年 8 月 7 日因盛京饭店漏水冲了百佳超市连锁店，刘涌带领他们殴打盛京饭店经理翁玉珠并砸坏室内物品。

3. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1997年秋，再审被告人刘涌从程健处得知沈阳市和平区南五烟市有一业户销售“黄山”牌香烟，影响其经销同种香烟，遂指使吴静明等人对该业主李玲、张敏进行殴打。同时，让朱赤等人前往烟市接应。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人李玲陈述：1997年秋季一天，其与张敏在南五烟市被人殴打。

2. 原审同案被告人程健、吴静明、朱赤供述：刘涌指使吴静明等人对销售“黄山”牌香烟的业主李玲、张敏进行殴打，并由朱赤前往接应。

3. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1998年5月的一天，沈阳春天休闲广场销售服装的业主王传泰、刘志兰发生口角厮打。再审被告人刘涌受王传泰之弟王传正之托，要求有关管理人员清除刘志兰未果；遂指使宋健飞、刘凯峰伙同刘凡持刀划坏刘志兰经销的服装，砸毁试衣镜，造成经济损失价值人民币2 180元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人刘志兰陈述及证人王传正、王传泰、姚辉证明：1998年5月一天，王传泰与刘志兰发生口角厮打。后来有三个人划坏了刘志兰经销的服装，砸毁试衣镜。

2. 估价鉴定结论：刘志兰被毁坏的物品价值人民币2 180元。

3. 原审同案被告人宋健飞、刘凯峰供述：受刘涌指使，他们伙同刘凡划坏了刘志兰经销的服装，砸毁试衣镜。

4. 再审被告人刘涌在再审开庭时对上述事实供认不讳。

上述证据，本院予以确认。

1998年6月11日上午，辽宁省技术监督信息研究所工作人员郭金喜、刘建勋与辽宁省技术监督局工作人员章军到沈阳市中街百佳超市检查时，发现该店经营的酒类和化妆品不符合有关规定，予以登记保存，并坚持让再审被告人刘涌到技术监督部门接受调查处理，刘涌对此极为不满。在刘涌的指使下，吴静明、宋健飞伙同张斌（在逃）尾随三名检查人员至沈阳市太原街北口，对三人进行殴打，用刀刺伤郭金喜腿部、臀部，致郭金喜、章军轻微伤。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人郭金喜、刘建勋、章军陈述：1998年6月11日上午，他们到中街百佳超市执法检查，扣封一些商品并让刘涌去技术监督部门接受处理。离开后，被追来的几个人殴打，郭金喜、章军被打伤。

2. 法医鉴定结论：被害人郭金喜、章军均为轻微伤。

3. 原审同案被告人宋健飞、吴静明供述：在刘涌指使下，他们殴打了章军、刘建勋，用刀刺伤郭金喜。

4. 再审被告人刘涌在再审开庭时对上述事实供认不讳。

上述证据，本院予以确认。

1998 年 9 月 22 日，再审被告人刘涌应白而为（另案处理）要求，授意宋健飞、吴静明帮助白而为解决与罗伦特装饰材料销售中心（以下简称罗伦特）经理高洪雁的经济纠纷和让罗伦特更名问题。宋健飞、吴静明带领李志国、董铁岩及刘凡等人到罗伦特，威胁高洪雁限期更名、还款，并殴打周维杰，砸毁办公室内物品，毁坏财物价值人民币4 900元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人高洪雁、周维杰陈述及证人邢思勤证明：1998 年 9 月的一天，有 4 个人到高洪雁办公室，威胁高限期将公司更名和还款，并殴打周维杰，砸毁室内物品。

2. 估价鉴定结论：被砸毁物品价值人民币 4 900 元。

3. 证人白而为证明：1998 年 9 月的一天，应其请求刘涌派人帮助其解决与高洪雁的经济纠纷和罗伦特更名问题。

4. 原审同案被告人吴静明、宋健飞、董铁岩、李志国供述：他们受刘涌指使，随白而为到罗伦特威胁高洪雁限期将公司更名和还款，并殴打周维杰，砸毁室内物品。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1998 年 10 月，再审被告人刘涌从程健处得知刘慕林经销的“红黄山”香烟比其经销的同种香烟价格低，影响其香烟销售后，指使刘凯峰伙同宋阳、宋伟（均在逃）等人随程健将刘慕林叫到沈阳市大东区双玉园酒店进行殴打。后程健向刘慕林索要人民币 9 000 元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人刘慕林陈述及证人王景平证明：刘慕林因卖“红黄山”香烟被程健等人殴打。程健向刘慕林索要人民币 9 000 元。

2. 原审同案被告人程健、刘凯峰供述：因刘慕林经销的“红黄山”香烟比程健经销的同种香烟售价低，受刘涌指使，他们殴打了刘慕林，并向刘慕林索要人民币 9 000 元。

3. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1998年10月20日，再审被告人刘涌得知沈阳市大东区东站烟市有一业主销售“恭喜发财”牌香烟，影响其同种香烟的销售后，授意程健让吴静明、宋健飞、董铁岩等人到烟市，殴打经销该烟的葛亮，砸坏烟摊。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人刘香林证明：1998年10月20日，刘涌派人打伤葛亮，砸坏烟摊。

2. 原审同案被告人吴静明、宋健飞、董铁岩、程健供述：刘涌得知东站烟市有一业主经销“恭喜发财”牌香烟后，授意程健让宋健飞、吴静明、董铁岩等人到烟市殴打葛亮、砸坏烟摊。

3. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1998年11月，再审被告人刘涌与房霆、李俊岩等人到沈阳市潮州城酒店饮酒时，因与一同饮酒的张凡发生争执，刘涌持房霆的手枪向天棚鸣放一枪。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人李俊岩的证言和原审同案被告人房霆、项培岳的供述证明：1998年11月一天，刘涌在潮州城饮酒时，因与一同饮酒的张凡发生争执，拿过房霆的手枪向天棚鸣放一枪。

2. 再审被告人刘涌在再审开庭时对上述事实供认不讳。

上述证据，本院予以确认。

1997年上半年，再审被告人刘涌送给时任沈阳市中级人民法院院长刘实（另案处理）人民币20万元。同年11月，刘实为刘涌办理了以沈阳市中级人民法院工作人员身份赴美国的相关手续。在美国期间，刘涌又送给刘实美元3万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人刘实证明：其为刘涌以沈阳市中级人民法院工作人员身份去美国提供帮助，刘涌于1997年3月送给其人民币20万元，同年11月又在美国送给其美元3万元。

2. 证人宋丽君证明：1997年11月份，刘实让其给刘涌办理了以沈阳市中级人民法院工作人员身份赴美国的手续。

3. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1995年初，再审被告人刘涌通过沈阳市和平区劳动局原副局长高明贤、局长凌德秀（均另案处理）的帮助，承包了该局下属的中华商场。1996年、1997年，又经高明贤、凌德秀推荐，先后当选为沈阳市和平区政协委员和沈阳市人大

代表。推荐刘涌时，高明贤、凌德秀隐瞒了刘涌曾因枪击警察刘宝贵一案被公安机关羁押的事实。为此，刘涌先后于1996年至1998年，每年春节送给高明贤人民币2万元，共计人民币6万元；于1995年、1996年，每年春节送给凌德秀人民币1万元，共计人民币2万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人高明贤、凌德秀证明：1995年初，他们帮助刘涌承包了中华商场。经他们推荐，刘涌于1996年当选为和平区政协委员，于1997年当选为沈阳市人大代表。推荐刘涌时，他们隐瞒了刘涌曾因涉嫌犯罪被公安机关羁押的事实。刘涌于1996年至1998年，每年春节送给高明贤人民币2万元，于1995年、1996年，每年春节送给凌德秀人民币1万元。

2. 证人郑阳、金长厚、聂唯军证明：区劳动局推荐刘涌为沈阳市和平区政协委员和人大代表时，未向主管部门提及刘涌曾因涉嫌犯罪被公安机关羁押的事实。否则，刘涌不会当选。

3. 沈阳市公安局1995年6月19日对刘涌取保候审的决定书载明：刘涌因涉嫌犯罪被公安机关羁押，后取保候审。

4. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1998年，沈阳市和平区劳动局将下属企业百佳自选商场由集体企业转制为民营企业，承包该商场的再审被告人刘涌在和平区劳动局原局长姜新本（另案处理）的帮助下，以“零买断”的方式获得了该商场企业产权。百佳自选商场转制后，房产使用权仍归劳动局享有，但姜新本没有要求刘涌按规定缴纳房产使用费。刘涌为了表示感谢，于1999年5月，到姜新本办公室送给姜新本人民币10万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人姜新本证明：在百佳商场转制时，其为刘涌提供帮助，没有收取刘涌的房产使用费。刘涌为了表示感谢，于1999年5月送给其人民币10万元。

2. 证人金英（姜新本妻子）证明：1999年5月份的一天，姜新本拿回家人民币10万元。

3. 证人赵晶红、高原、张义臣证明：百佳自选商场转制卖给刘涌是姜新本决定的。

4. 沈阳市和平区房产局第二房产经理部证明：百佳商场的房产应收取房产使用费，但从1996年7月起，该商场房屋调租部分一直未付。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1998 年 8 月，再审被告人刘涌通过沈阳市原副市长马向东（另案处理）的秘书王晓方送给马向东美元 2 万元。在此期间，刘涌任董事长的沈阳市百佳集团转接了沈阳市众城房地产开发公司开发的沈阳市中街中段，筹建百佳购物广场。同年 12 月，经马向东批准，该项目免交综合配套费和国有土地出让金等费用。1999 年 5 月，刘涌又到马向东家送给马美元 2 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人马向东证明：刘涌为了和他拉关系及感谢他在中街土地出让一事上的帮助，于 1998 年 8、9 月份通过王晓方送给他美元 2 万元，1999 年 5 月份又送他美元 2 万元。

2. 书证《众城公司申请免交四费一税和国有土地出让金的报告》载明：马向东在该报告上批示，对百佳集团转接的中街开发项目，应在政策上给予支持，请建委牵头，组织有关部门抓紧协调，确定有关扶植政策。

3. 证人泰明证明：经马向东批示并让其协调，百佳集团免交了综合配套费和国有土地出让金。按规定国有土地出让金一律不许减免。

4. 证人卢春风证明：沈阳市规划局按市建委批示减免了百佳购物广场的综合配套费 1 300 余万元，此费用按国家规定不应减免。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1999 年上半年，中国农业银行辽宁省分行（以下简称省农行）欲购买嘉阳大厦部分房产建立营业网点。同年 7 月，刘涌邀请负责此项工作的时任省农行营业部副总经理杨礼维（另案处理）等人赴香港考察，送给杨礼维港币 5 万元。同年底，经杨礼维提议，省农行用在建工程款人民币 2 000 万元先行垫付了购房款。2000 年 1 月，刘涌又在沈阳娱乐城送给杨礼维美元 5 000 元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人杨礼维证明：刘涌于 1999 年 7 月在香港送给他港币 5 万元，2000 年 1 月在沈阳娱乐城又送给他美元 5 000 元。经他帮助，省农行用在建工程款人民币 2 000 万元向刘涌垫付了购房款。

2. 证人高伟证明：2000 年 1 月的一天，他从刘涌的车里拿出美元 5 000 元交给在沈阳娱乐城包房中的刘涌，当时包房中还有杨礼维。

3. 证人范振斌、张绍轼证明：经杨礼维建议，省农行用在建工程款向刘涌的公司垫付了购房款人民币 2 000 万元。

4. 沈阳百佳房地产开发有限公司收据及银行传票、转账支票载明：该公司

收到省农行支付的人民币 2 000 万元。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1999 年 8、9 月间，沈阳市中级人民法院原副院长焦玫瑰（另案处理）应再审被告人刘涌请托，利用职务上的便利，对涉及刘涌利益的穆某某诉沈阳市土地局一案不予立案，尔后又将该案由沈阳市沈河区人民法院管辖变更为由和平区人民法院管辖。刘涌于 1999 年 10 月、11 月，先后送给焦玫瑰价值人民币 21 700 元的 4 个拼图凳子、1 面镜子及价值人民币 4 000 元的手机 1 部；于 2000 年春节前，先后送给焦玫瑰美元 2 万元和人民币 3 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人焦玫瑰证明：其应刘涌要求，指示立案庭对涉及刘涌利益的穆某某诉沈阳市土地局一案不予立案，后又指示将此案变更管辖。刘涌为了表示感谢，分别送给她 4 个拼图凳子、1 面镜子、1 部手机、美元 2 万元、人民币 3 万元。

2. 证人王志忠证明：2000 年春节前，焦玫瑰让其去刘涌处取回人民币 3 万元。

3. 证人徐冬、高会弟、刘永江证明：焦玫瑰让沈阳市中级人民法院立案庭对穆某某诉沈阳市土地局一案不予立案，后又指示将此案变更管辖。

4. 沈阳天一家具商场收款收据存根载明：刘涌支付购买家具款21 700元。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1997 年 6 月 9 日、1998 年 3 月 25 日，再审被告人刘涌伙同程健等人利用私刻的辽宁省辽中县烟草公司印章、法定代表人名章和假介绍信，分别在中国建设银行沈阳分行南站信用社、中国农业银行沈阳分行桂林支行非法开立两个经营香烟的专用账户，违反烟草专卖法规，非法委托辽中县烟草公司与安徽省烟草公司蚌埠分公司、贵州省烟草公司贵定卷烟销售公司签订烟草交易合同。于 1997 年 6 月至 2000 年 7 月，异地购进“黄山”牌香烟 12 800 件、“云雾山”牌香烟 9 798 件，合计22 598件，在沈阳市内批发销售，非法经营金额人民币 7 200 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 证人刘兴阁、李广祥、武永录、纪元强、李成宽、陈玉华、于冬梅、仲丹的证言，文检鉴定书，及原审同案被告人程健的供述证明：刘涌、程健利用私刻的辽中县烟草公司印章、法人名章和假介绍信，分别开立两个经营香烟的专用账户，非法委托辽中县烟草公司与蚌埠烟草公司、贵定卷烟销售公司签订烟草交易合同。

2. 证人郭春雨、许文杰、闫涛、高振勇、宿民、腾春凤、金秀梅的证言，辽中县烟草公司与蚌埠烟草公司、贵定卷烟销售公司签订的合同复印件、汇款收款凭证、百佳集团财务明细账、沈阳烟草公司与百佳公司沈河分公司签订的协议书等书证，及原审同案被告人程健的供述证明：1997 年 6 月至 2000 年 7 月间，刘涌伙同程健异地购进"黄山"牌香烟 12 800 件、"云雾山"牌香烟 9 798 件，在沈阳市内批发销售，经营额人民币 7 200 万元。

3. 再审被告人刘涌在再审开庭时对上述事实供认不讳。

上述证据，本院予以确认。

2000 年 7 月 1 日，再审被告人刘涌指使高伟、安晶涛（另案处理）将其非法持有的一支庆华牌小口径运动手枪和子弹八发，藏匿于刘军的办公室。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 公安机关提取笔录载明：从刘军办公室天棚内提取小口径运动手枪 1 支、子弹 8 发。

2. 证人高伟、安晶涛证明：2000 年 7 月 1 日，刘涌让高伟到其家中取走小口径运动手枪 1 支，子弹 8 发，交由安晶涛藏于刘军办公室。

3. 再审被告人刘涌在再审开庭时对上述事实供认不讳。

上述证据，本院予以确认。

经再审开庭审理查明，再审被告人刘涌在其黑社会性质组织形成之前，还进行了下列违法活动：

1989 年 9 月 11 日晚 8 时许，再审被告人刘涌因怀疑其女友孙曼江与宁勇关系暧昧，纠集宋健飞及张俊民、姜铁刚、陆宏武（均在逃）等人在沈阳市和平区水上乐园歌舞厅附近，用木棍、拳脚猛击宁勇面、胸、腹部，致宁勇脾破裂，脾摘除，造成重伤，伤残程度五级。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人宁勇陈述：1989 年 9 月 11 日晚，其在沈阳水上乐园歌舞厅附近，被刘涌带一伙人打伤。

2. 法医鉴定结论：被害人宁勇脾破裂、脾摘除，为重伤，伤残程度五级。

3. 原审同案被告人宋健飞供述及证人孙曼江、张俊民、姜铁刚证明：1989 年夏季的一天，刘涌因怀疑宁勇与孙曼江关系暧昧，伙同宋健飞、张俊民、陆宏武、姜铁刚等人将宁勇打伤。

4. 再审被告人刘涌在再审开庭时对上述事实供认不讳。

上述证据，本院予以确认。

1991 年 7 月 15 日下午 4 时许，再审被告人刘涌因其朋友杨建国（在逃）与

沈阳雷蒙时装店业主佟俊森发生口角，伙同杨建国纠集陈文斌、刘伟（均在逃）等人，持火药枪、枪刺、战刀、斧子等凶器，闯入雷蒙时装店。刘涌持火药枪威逼佟俊森跪下，开枪击伤佟的左肩部；陈文斌等人持枪刺、战刀、斧子猛砍佟的头、腹、臂和腿部，致佟俊森重伤，伤残程度六级。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人佟俊森陈述及证人王凤祥、杨百胜、王强证明：1991 年 7 月 15 日，刘涌带领一伙人持火药枪和刀斧等凶器闯入雷蒙时装店。刘涌持火药枪威逼佟俊森跪下，开枪击中佟的左肩部，其他人持刀斧猛砍佟俊森。

2. 法医鉴定结论：被害人佟俊森为重伤，伤残程度六级。

3. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1992 年 7 月的一天晚上，孙树鹏在再审被告人刘涌家中与刘涌、程健等人发生口角，刘涌指使吴静明持火药枪击伤孙树鹏左大腿，致孙树鹏轻伤。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人孙树鹏陈述：1992 年 7 月一天晚上，其与刘涌、程健发生口角，刘涌让吴静明持火药枪将其腿部击伤。

2. 法医鉴定结论：被害人孙树鹏为轻伤。

3. 原审同案被告人吴静明、程健供述：1997 年 7 月一天晚上，孙树鹏在刘涌家里与刘涌、程健发生口角，刘涌指使吴静明开枪将孙树鹏左腿击伤。

4. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

1992 年 10 月 6 日晚 7 时许，再审被告人刘涌为替袁庆友（在逃）报复张少波，伙同吴静明、袁庆友等人持猎枪、枪刺等凶器在沈阳市和平区中山广场附近，砍刺张少波头、臀部，致其轻伤。张少波呼救，正在附近的沈阳市和平区公安分局警察刘宝贵、孙明闻讯前来制止。刘宝贵报明身份并鸣枪示警，孙明喝令刘涌放下手中猎枪。刘涌不听制止，向刘宝贵开枪，击中刘宝贵右髋部，致其轻伤。事后，刘涌逃往广州。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实：

1. 被害人张少波陈述及证人栾亚光证明：1992 年 10 月 6 日晚，刘涌一伙人拿刀砍张少波时，刘宝贵闻讯前来制止，并鸣枪示警，刘涌开枪将刘宝贵击倒。

2. 被害人刘宝贵陈述及证人孙明证明：1992 年 10 月 6 日晚 7 时许，他们鸣枪示警制止刘涌等人伤害张少波时，刘涌开枪将刘宝贵击伤。

3. 法医鉴定结论：被害人张少波、刘宝贵为轻伤。

4. 原审同案被告人吴静明供述：1992 年 10 月 7 日，他听刘涌讲，10 月 6 日刘涌开枪击伤刘宝贵。

5. 再审被告人刘涌在侦查阶段的供述与上述证据相符，可相互印证。

上述证据，本院予以确认。

综上，再审被告人刘涌组织、领导黑社会性质组织实施违法活动 27 起；在黑社会性质组织形成之前，实施违法活动 4 起，共实施违法活动 31 起。其中，直接参与或者指使、授意他人故意伤害 13 起，致 1 人死亡，5 人重伤并造成 4 人严重残疾，8 人轻伤；指使他人故意毁坏财物 4 起，毁坏财物价值共计人民币 33 090元；非法经营 1 起，经营额人民币 7 200 万元；向国家工作人员行贿 6 起，行贿金额人民币 41 万元、港币 5 万元、美元 95 000 元，行贿物品价值人民币 25 700元，共计折合人民币 1 275 497 元；指使他人妨害公务 1 起；非法持有枪支 1 支。

对于再审被告人刘涌提出的未指使程健、宋健飞等人殴打被害人王永学，程健、宋健飞等人殴打王永学系为绰号叫老狐狸的赵德军进行报复的辩解，经查，赵德军否认自己叫老狐狸，并称自己不认识王永学；程健、宋健飞等人均未证明赵德军是老狐狸；证人扈艳（王永学之妻）证明，王永学与赵德军没有矛盾；程健、宋健飞等人的供述均证明，因王永学销售“云雾山”牌香烟，影响刘涌销售同种香烟，在刘涌指使下，他们殴打了王永学，宋健飞并威胁他人“看谁还敢卖云雾山烟”；证人扈刚、邢广海、王丽等人证明，宋健飞、吴静明等人殴打王永学并威胁他人“看谁还敢卖云雾山烟”。上述证据足以证明，宋健飞等人殴打王永学，系为了刘涌的利益，在刘涌的指使下所为。对此，刘涌在侦查阶段亦曾多次供认。其辩解与已查明的事实不符，本院不予采纳。

对于再审被告人刘涌提出的未指使、授意他人殴打、伤害刘燕、崔岩、周刚、范振斌等被害人，未指使他人打砸中街大药房，未枪击佟俊森、刘宝贵的辩解，经查，经庭审举证、质证并经本院确认的被害人陈述、证人证言、原审同案被告人供述均证实，宋健飞、程健、吴静明、董铁岩、李志国、孙乃洪、张晓伟等人殴打、伤害上述被害人，打砸中街大药房等，均系在刘涌的指使、授意下所为。刘涌故意枪击佟俊森、刘宝贵，不仅有被害人指认，目击证人证明，还有同案被告人的供述证实。对上述事实，刘涌本人亦曾供认在案，证据确实、充分，足以认定。刘涌的辩解与已查明的事实不符，本院不予采纳。

对于再审被告人刘涌提出的未向刘实、姜新本、凌德秀行贿，只向马向东行贿美元 2 万元，以及没有请托马向东、刘实等人为自己谋取不正当利益的辩解，经查，刘涌向刘实行贿人民币 20 万元、美元 3 万元，向姜新本行贿人民币 10 万

元，向凌德秀行贿人民币2万元，向马向东行贿美元4万元的事实，以及请托马向东、刘实等人利用职务上的便利，为其谋取不正当利益的事实，有经庭审举证、质证，并经本院确认的受贿人马向东、刘实、姜新本、凌德秀等人的证言和其他证人证言、书证证实，刘涌本人亦曾供述在案。证据确实、充分，足以认定。刘涌的辩解与已查明的事实不符，本院不予采纳。

对于再审被告人刘涌及其辩护人提出的公安机关在本案侦查阶段存在刑讯逼供的辩解及辩护意见，经查，庭审中公诉人出示的参与刘涌一案的预审、监管、看守人员的证言证明，公安人员未对刘涌及其同案被告人刑讯逼供；辽宁省人民政府依法指定的鉴定医院沈阳市公安医院2000年8月5日至2001年7月9日对刘涌及其同案被告人先后进行的39次体检病志载明，刘涌及其同案被告人皮肤黏膜均无出血点，双下肢无浮肿，四肢活动正常，均无伤情。刘涌的辩护人在庭审中出示的证明公安人员存在刑讯逼供的证人证言，取证形式不符合有关法规，且证言之间相互矛盾，同一证人的证言前后矛盾，不予采信。据此，不能认定公安机关在侦查阶段存在刑讯逼供，刘涌及其辩护人的辩解和辩护意见，本院不予采纳。

对于再审被告人刘涌及其辩护人提出的刘涌的行为不构成组织、领导黑社会性质组织罪的辩解和辩护意见，经查，经庭审举证、质证并经本院确认的证人证言和同案被告人的供述证实，自1995年以来，刘涌先后纠集宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国、程健、张建奇、刘凯峰、朱赤、刘军等人，形成了以刘涌为首，以宋健飞、吴静明、董铁岩、李志国、程健为骨干，以张建奇、刘凯峰、朱赤、刘军等人为主要成员的犯罪组织。该组织以刘涌建立的企业为依托，通过非法经营、欺行霸市等违法犯罪活动或其他非法手段获取经济利益，具有较强的经济实力；在刘涌领导、指使、授意下，为了刘涌及该组织的利益，长期在一定区域内采用暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行故意伤害、毁坏公私财物、非法经营、行贿、妨害公务、非法持有枪支等违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；通过实施违法犯罪活动，并利用国家工作人员的包庇、纵容、帮助，称霸一方，在当地形成恶劣影响，严重破坏了当地经济、社会生活秩序，符合《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》所规定的黑社会性质组织的构成要件。刘涌及其辩护人的辩解和辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于再审被告人刘涌提出的故意伤害宁勇已经公安机关调解，不应再追究刑事责任的辩解，经查，刘涌伤害宁勇，致其重伤并造成严重残疾，已构成故意伤害罪。依据法律规定，公安机关立案侦查后应当将此案移送人民检察院提起公

诉。司法机关依法应当对刘涌的该起犯罪追究刑事责任。刘涌的辩解不能成立，本院不予采纳。

本院认为：再审被告人刘涌组织、领导具有黑社会性质的组织，大肆进行违法犯罪活动，其行为已构成组织、领导黑社会性质组织罪。刘涌在黑社会性质组织形成之前和在组织、领导黑社会性质组织的犯罪活动中，直接或者指使、授意他人实施故意伤害的行为已构成故意伤害罪，后果特别严重；指使他人故意损坏公私财物的行为已构成故意毁坏财物罪，数额巨大，情节特别严重；违反国家烟草专卖规定，异地购进香烟批发销售的行为构成非法经营罪，经营数额特别巨大，情节特别严重；为了谋取不正当利益，给予多名国家工作人员财物的行为已构成行贿罪，情节严重；指使他人以暴力方法，阻碍国家机关工作人员依法执行职务的行为，已构成妨害公务罪；违反枪支管理规定，非法持有枪支的行为已构成非法持有枪支罪。刘涌系组织、领导黑社会性质组织的首要分子，应对该组织的全部罪行承担责任。其直接或者指使、授意他人持刀、持枪实施故意伤害犯罪，致1人死亡，5人重伤并造成4人严重残疾，8人轻伤，手段特别残忍，情节特别恶劣，罪行极其严重，社会危害极大，且不具有法定或者酌定从轻处罚情节，依法应当判处死刑，立即执行。其所犯其他罪行，亦应依法惩处，数罪并罚。原一审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当。原二审判决定罪准确，但认定“不能从根本上排除公安机关在侦查过程中存在刑讯逼供情况”，与再审庭审质证查明的事实不符；原二审判决“鉴于其犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度以及本案的具体情况”，对刘涌所犯故意伤害罪的量刑予以改判的理由不能成立，应予纠正。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第205条第2款、第206条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第312条第（二）项和《中华人民共和国刑法》第12条第1款、第294条第1款和第3款、第234条第2款、第275条、第225条、第389条第1款、第390条第1款、第277条第1款、第128条第1款、第26条第1款和第3款、第57条第1款、第69条、第64条、《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第294条第1款的解释》、《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条第2款的规定，判决如下：

一、撤销辽宁省高级人民法院（2002）辽刑一终字第152号刑事附带民事判决中对再审被告人刘涌故意伤害罪的量刑及决定执行的刑罚部分。

二、再审被告人刘涌犯故意伤害罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。维持原二审对刘涌以组织、领导黑社会性质组织罪，判处有期徒刑10年；故意毁坏财

物罪，判处有期徒刑 5 年；非法经营罪，判处有期徒刑 5 年，并处罚金人民币 1 500万元；行贿罪，判处有期徒刑 5 年；妨害公务罪，判处有期徒刑 3 年；非法持有枪支罪，判处有期徒刑 3 年的判决部分。对刘涌上列被判处的刑罚并罚，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处罚金人民币 1 500 万元。

三、再审被告人刘涌组织、领导黑社会性质组织犯罪聚敛的全部财物及其收益，依法追缴；供其犯罪使用的工具，予以没收。

本判决送达后即发生法律效力。

审判长：南　英
审判员：高贵君
审判员：杜伟夫
审判员：沈秋媛
代理审判员：马盛平
2003 年 12 月 20 日
书记员：刘东升
书记员：赵瑞罡

章俊理等非法行医案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、如何判断行为人是否已经取得“医生执业资格”
六、非法行医罪主观要件的认定
七、非法行医罪客观方面的认定
八、结语
附录一：南昌市西湖区人民法院刑事附带民事判决书（节录）
附录二：江西省南昌市中级人民法院刑事附带民事判决书

一、选案理由

章俊理等非法行医案在江西省南昌市被称为“德国牙医案”，曾经家喻户晓。《江南都市报》等当地媒体对该案进行过长时间的追踪报道，《法制日报》、《中国律师》等全国性报纸杂志也曾专门报道过该案。因此，该案属于被查处的非法行医案中影响较大的几个案件之一。而非法行医罪作为一种法定犯，在构成要件方面具有一定的复杂性，这种复杂性表现在以下几个方面：(1) 本罪的主体只能是未取得医生执业资格的人，而何谓未取得医生执业资格，在司法实践中判断起来有时十分困难。(2) 只能由本罪的犯罪主体这类不具有某种特殊身份的人才能构成的犯罪，其犯罪主体究竟是一般主体还是特殊主体，存在较大争议。(3) 非法行医是本罪在客观方面必须具备的行为，对这种行为的性质行为人在主观方面是否应当认识到，亦即行为人主观上是否应当具有对自己行为的违法性认识，也是一个争议颇大的问题。(4) 在非法行医过程中，行为人还可能致人伤亡，在这种

情况下，对行为人是否应当按故意伤害罪甚至故意杀人罪论处？章俊理等非法行医案，基本囊括了上述所有问题。此案历经一审、二审，近10位我国刑法学著名专家曾先后三次针对本案进行专门研讨，并出具专家论证法律意见书。被告人至今仍在进行申诉。该案案情之复杂，涉及的法理问题之疑难由此可见一斑。因此，该案入选本书。

二、基本案情

被告人章俊理，男，1957年1月2日出生，江西省南昌县人，原系南昌市章俊理牙科诊所法人代表。因本案于1998年11月20日被刑事拘留，同年12月19日被逮捕。

被告人章君鹏，男，1947年4月11日出生，江西省南昌县人，原系南昌市鹏程实业有限公司法人代表。因本案于1999年1月16日被刑事拘留，同年2月3日被逮捕。

本案另两名被告人钱小玲、刘冬生个人情况略。

被告人章俊理于1982年3月26日调入江西省人民医院口腔科工作，1988年6月13日经江西省人民医院职称评审委员会评审为“技士”职称；1988年下半年，被告人章俊理停薪留职后在南昌市开设私人牙科诊所，从事补牙、镶牙；1989年5月，南昌市西湖区卫生局根据江西省卫生厅和江西省工商行政管理局1984年4月13日颁发的《江西省城乡个体行医暂行管理办法》第2条第2项规定，依法给被告人章俊理颁发了南昌地区个体行医执照。1989年9月6日，江西省卫生厅颁发了《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》，对江西省个体开业行医条件作出了新的规定，按照新规定，章俊理由于在国家或集体医疗机构从事本专业工作年限不够，因而不符合新规定的开业行医条件。但是，该管理办法没有指明新的规定是只适用于新申请开业行医的人，还是也适用于过去已经依法领取了行医执照，现在只是申请换发执照的人。同时，也没有任何单位或者个人告知过章俊理他不符合新办法规定的开业行医条件。相反，1989年9月，由于西湖区卫生局颁发的个体行医执照将到期，加上诊所的开业地址与执照不符，被告人章俊理向南昌市东湖区卫生局申请，要求换发新的个体行医执照，在章俊理如实地以自己拥有的“技士”职称，依法向该局申请换发新的行医执照后，该局于1990年2月28日向章俊理颁发了《南昌个体行医执照》。

1990年，被告人章俊理了解到中国科技人才交流中心可以给他评职称，于是上报自己的材料，于1991年3月，从中国科技人才交流中心取得了“主治医师”的职称；1993年1月，被告人章俊理又从中国科技人才交流中心取得口腔

科“主任医师”资格。但章俊理取得该两项职称的目的是为了提高自己的知名度、扩大诊所的影响，而不是要凭借该两项职称去申请换发行医执照或者参加年检。1993年10月，江西省卫生厅发通知指明章俊理的“主治医师”、“主任医师”技术职称无效。但该通知内容没有传达到章俊理本人，也没有证据证明章俊理知道该通知内容。1995年2月28日，江西省卫生厅颁发了《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》，对在城市（包括县城）申请设置诊所的个人规定了更为严格的条件。但是，该实施办法也没有指明新的规定是只适用于新申请开业行医的人，还是也适用于过去已经依法领取了行医执照，现在只是申请换发执照的人。同时，也没有任何单位或者个人告知过被告人章俊理他不符合该实施办法中个体行医资格的规定。

从1988年开业行医直至1998年案发前，被告人章俊理一直按时到有关卫生管理部门办理行医执照的年检、换发手续，交纳有关费用，且每次都顺利地通过了年检，领到了换发的行医执照。在此期间，从未有任何单位或个人向章俊理说过诸如他不具备个体开业行医条件之类的话，倒是有当地卫生部门的领导前往过他的诊所题词鼓励。在经营过程中，被告人章俊理开设的牙科诊所规模由小到大，发展到后期诊所面积已达到近千平方米，累计投资达近千万元；医疗设施由简陋到先进，其中部分从国外购买的医疗设备在国内牙科行业属于最先进的医疗设备之一；诊所人员的素质也不断提高，一些医学院毕业的专业人员也在其诊所工作。

由于章俊理牙科诊所购进了某些国外先进医疗设备，因而其牙科诊所的诊疗范围不仅仅限于治疗患者病牙，还从事患者牙齿的美容治疗，即在给患者病牙进行治疗的同时，出于美容的目的，经患者同意，还可能对与病牙相邻的好牙也同时采取一些处置措施，比如截除牙齿的一部分，或者将牙齿磨小等。1998年8月30日，江西拖拉机厂销售部职工顾德兴到章俊理牙科诊所就诊后，与诊所发生纠纷。江西省南昌市西湖区人民检察院于1999年10月29日以被告人章俊理犯故意伤害罪和非法行医罪，被告人章君鹏犯非法行医罪，被告人钱小玲犯故意伤害罪，被告人刘冬生犯非法行医罪，向南昌市西湖区人民法院提起公诉。

三、裁判要旨

被告人的行为既不符合江西省卫生厅1989年9月颁布的《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》规定的“取得口腔技师（士）职称后，连续从事本专业三年以上者”的条件，又不符合卫生部、国家医药管理局颁布的《医师、中医师个体开业暂行办法》规定的“取得医师资格后，在国家和集体医疗机构连续从事

本专业工作三年以上”的条件，也不符合卫生部1994年8月颁布的《医疗机构管理条例实施细则》第13条规定的行医条件，说明行为人客观上本不具备医生执业资格。若行为人对其取得的“主治医师”、“主任医师”职称的无效性是明知的，则可以认定他明知自己不符合卫生行政部门规定的行医条件。

非法行医罪的罪名在修订前的刑法中虽未作规定，但只要行为人的行为符合修订前刑法的犯罪构成的四要素，即构成犯罪。非法行医的犯罪行为是持续犯，应当适用行为终了时的法律，即适用新刑法的非法行医罪，对发生在1997年10月1日以前的行为一并追诉。

在诊所开业期间，为追求非法利润，被告人伙同他人，在初诊接待中夸大患者病情，隐瞒对患者将要采取的治疗方法，蒙骗和诱导患者接受扩大化的治疗项目，并开出违反医疗常规或扩大治疗范围的治疗订单，擅自在订单上加上“本人要求锯断牙齿”的字样；在治疗过程中，采取对患者正常牙随意开髓、拔髓、锯冠、磨冠等手段，对患者牙齿进行非治疗性、破坏性、扩大化处置，甚至擅自伤害患者正常牙，严重损害了患者身体健康，结果造成了患者重伤等严重后果，应当以故意伤害罪论处。

四、引发的理论问题

本案可谓一个集中了非法行医罪主要疑难法理问题的典型案例，因而极具探讨价值。在本案诉讼过程中，控、辩、审三方以及其他诸多专家学者就以下几方面的问题各陈己见，争论激烈，分歧较大：

1. 本案第一被告人章俊理是否具备构成非法行医罪的主体条件，即是否未取得医生执业资格？对这一问题存在两种对立观点：一种观点认为，章俊理实质上不具备开业行医条件，因而未取得医生执业资格，符合非法行医罪的主体条件；另一种观点认为，章俊理早已取得并且一直持有政府职能部门颁发的行医执照，已经取得医生执业资格，因而不具备非法行医罪主体条件。前一种观点可以概括为医生执业资格实质审查说，后一种观点可以概括为医生执业资格形式审查说。由此引发第一个理论问题：如何理解《刑法》第336条规定的“医生执业资格”？

2. 章俊理主观上是否明知自己未取得医生执业资格？这一问题以章俊理客观上未取得医生执业资格为前提。对此存在三种观点，第一种观点认为，已经有人告知章俊理，他不符合有关文件规定的开业行医条件，之后，章俊理通过不正当手段获取了行医执照，由此可以认定他明知自己不具备医生执业资格。第二种观点认为，章俊理本来就已经取得医生执业资格，说他明知自己不具备医生执业

资格完全是无稽之谈。第三种观点认为，即使章俊理客观上未取得医生执业资格，本案也没有足够证据证明章俊理主观上明知这一点。由此引发第二个理论问题：非法行医罪主观方面应当具备哪些要件以及证据采信过程中应当遵循哪些原则？

3. 对1997年10月1日以前的非法行医行为是否能以非法行医罪进行追诉？一种观点认为，非法行医罪属于继续犯，对修订刑法施行以前（即1997年10月1日以前）的非法行医行为，应当与继续到修订刑法施行以后的非法行医行为一并追诉。由此引发第三个理论问题：对跨越修订刑法施行日期的行为应如何处理？

4. 章俊理的涉案行为是否可能另行构成故意伤害罪？对此也存在两种不同观点，一种观点认为，非法行医过程中的诊疗行为属于非法行医行为的有机组成部分，不可能另行构成故意伤害罪；另一种观点则认为，非法行医过程中的诊疗行为只要具备故意伤害罪的构成要件，也应当以故意伤害罪论处。由此引发第四个理论问题：行为人在非法行医过程中实施的诊疗行为是否可能另行构成故意伤害罪？

要认定本案第一被告人章俊理的行为构成非法行医罪，必须确认其行为同时具备本罪四个方面的要件。因此，如果仅从罪与非罪认定的角度探讨，只要能够确定章俊理不具备构成非法行医罪四要件中的任何一项，即可以认定其不构成本罪，但从学理探讨的角度而言，则有必要对本案涉及的各方面疑难法理问题逐一加以探讨。

五、如何判断行为人是否已经取得“医生执业资格”

《刑法》第336条对非法行医罪主体的规定是“未取得医生执业资格的人”。[①] 因此，行为人是否取得“医生执业资格”成为判断其能否构成本罪的

---

① 关于非法行医罪的犯罪主体属于一般主体还是特殊主体，多数教科书都没有指明，只含糊地说本罪主体是未取得医生执业资格的自然人。对这一问题，理论界存在对立观点，一种观点认为，本罪只能由特殊主体构成（参见朗秋：《非法行医罪“医生执业资格”审查方式——“德国牙医”章俊理的医生执业资格的剖析》，载《江西律师》2000年第4期），另一种观点认为，本罪的主体属于一般主体（参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社2001年版，第302页）。我们认为，本罪的犯罪主体应当归入特殊主体之列。对于犯罪特殊主体标志的法定特殊身份，刑法既可以从正面加以规定，如“已取得医生执业资格的人”，也可以从反面加以规定，如“未取得医生执业资格的人”。只要刑法通过专门规定将一部分自然人排除在可能构成某罪的人员之外，那么，该罪就只能由具有特殊身份的人才能构成，其犯罪主体就应当是特殊主体。正如有学者所指出：“‘未取得医生执业资格的人’显然是一种特殊主体，但与一般的特殊主体要求具有积极的身份不同，本罪的特殊主体是一种消极的身份。”（见张明楷：《试论非法行医罪》，载高铭暄主编：《刑法学研究精品集锦》，法律出版社2000年版，第416页。）

关键。如果行为人已经取得“医生执业资格”，当然不可能构成本罪。关于何谓本罪中的“医生执业资格”，理论界存在较大争议。争议的热点集中在两个方面，一是《刑法》第336条中的“医生执业资格”的含义是什么，二是如何判断行为人是否已经取得医生执业资格，这两方面的问题又是相互关联的，对第一个问题的态度直接影响对第二个问题的回答。理清解决上述问题的思路，科学回答有关疑难问题，成为科学界定非法行医罪与非罪、此罪与彼罪，从而正确处理本案的重要一环。

（一）医生执业资格的含义

何谓“医生执业资格”？全国人大常委会于1998年6月26日通过、1999年5月1日起施行的《中华人民共和国执业医师法》以及其他医疗管理方面的法律、法规、规章中都没有这一概念，更不可能作出解释性规定，目前也缺乏相应的司法解释。对此问题，笔者基本赞同这样的观点，即“医生执业资格”是“医师资格”和“执业资格”的统一[①]，具体而言，就是指有关法律、法规或者部门规章所规定的申请从事医疗、预防、保健等方面执业活动必须具备的卫生技术职称、医师执业证书、临床工作年限等条件。从文法上分析，这样界定医生执业资格的内涵也是符合逻辑的：既然叫做医生执业资格，当然意味着要申请执业，就必须具备这种资格；而一旦拥有了这种资格，就可以申请执业。所谓“资格”，是指“从事某种活动所应具备的条件。”[②] 因此，取得医生执业资格，就意味着行为人具备了法律、法规或者规章所规定的申请从事医生执业活动应当具备的条件，否则就无法解释为什么称之为“执业资格”。如果已取得医生执业资格的人仍然不能申请执业，那么这种人就和没有取得医生执业资格的人没有两样，都属于不但不得从事医生执业活动，而且不能申请执业的人，刑法也就没有必要专门规定未取得医生执业资格的非法行医才构成非法行医罪了。根据有关规定，一个人要申请开展医疗方面的执业活动，不但要取得一定的卫生技术职称，而且要具备一定的临床工作年限或者要取得医师执业证书，而一旦具备了有关法律、法规或者部门规章所规定开展执业活动必须具备的卫生技术职称、医师执业证书、临床工作年限等条件，就可以申请执业。

① 参见张明楷：《试论非法行医罪》，载高铭暄主编：《刑法学研究精品集锦》，法律出版社2000年版，第414页。

② 参见《现代汉语词典》（修订本），商务印书馆1996年版，第1662页。

（二）医生执业资格为什么是法定申请执业条件而不是法定执业条件[①]

或许有人会提出质疑：既然“资格”是指“从事某种活动所应具备的条件”，那么，“医生执业资格”就应当指“从事医生执业活动应当具备的条件”，为什么又要将其含义界定为“法律、法规或者规章所规定的申请从事医生执业活动应当具备的条件”呢？笔者之所以把医生执业资格的内涵界定为申请执业（即申请从事医疗、预防、保健等业务）必须具备的法定条件，而不是执业必须具备的法定条件，是基于以下两方面原因：

1. 具备申请执业条件者与具备执业条件者非法行医的性质相同，社会危害性相当，依法都应当排除在非法行医罪的主体之外。具备申请执业条件者与具备执业条件者作为两类人，其卫生技术职称、临床工作经验以及医师执业证书等各方面的条件在整体上是完全相同的，实际医疗技术水平也相同，只不过前者尚未在合法的医疗机构中从事执业活动，而后者则已经在执业。一旦这两种人实施的都是非法行医行为，那么他们是否在合法的医疗机构中执业便没有什么区别了，即无论是否在合法的医疗机构中执业，其行为都危害了公共卫生和医疗管理秩序，加之他们的实际医疗技术水平相同，其行为的社会危害性总体上基本相当。刑法既然将已经具备执业条件者的非法行医行为排除在非法行医罪之外[②]，就没有理由将与其行为性质以及社会危害性大小几乎完全相同的具备申请执业条件者的非法行医行为纳入非法行医罪之中。

2. 具备申请执业条件的人非法行医，其社会危害性与不具备申请执业条件的人无证行医的社会危险性大不相同，理应将这两种人的非法行医行为区别对待。非法行医罪所侵犯的客体是国家对医疗行业的管理秩序和就诊人的生命、健康权利。[③] 已具备了申请执业条件的人非法行医与没有具备这类条件的人非法行医相比，后者对这两种客体的侵犯程度远大于前者。这是因为，已具备了申请执业各方面条件的人，实际上已经完全具备了从事医疗、预防、保健业务的能力，

---

① 申请执业条件和执业条件不完全相同，具备前者表明某人具备了向医疗机构请求从事医疗、预防、保健业务的条件，或者具备了向卫生管理部门申请设置个人医疗机构的条件，但还不能立即从事医疗、预防、保健业务或者开业行医；具备后者则表明某人已经被合法的医疗机构录用或者已经设置了个人医疗机构，可以立即合法从事医疗、预防、保健业务或者开业行医。

② 已经具备法定执业条件者毫无疑问属于已经取得医生执业资格的人，因而被排除在非法行医罪主体之外。

③ 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 764 页。有的论者将非法行医罪的客体表述为主要客体是国家对医疗行业的管理秩序，次要客体是公共卫生（参见刘远主编：《危害公共卫生罪》，中国人民公安大学出版社 1998 年版，第 219 页）。我们认为两种观点本质上一致，因为损害就诊人的生命安全与健康权利实际上就是危害公共卫生。

他们由于经过严格的医学知识考核，且具有较丰富的临床经验，因而其医学理论素养和医疗技术水平从整体上看要大大高于没有具备申请执业条件的人。这类人行医时，由于已经具备从事医疗活动的业务素质，只是在形式上缺乏合法性，因而主要破坏的是医疗管理秩序，一般不会对就诊人的生命安全和健康造成损害。而不具备申请执业条件的人非法行医，不但形式上不合法，业务素质也没有保障，因而不但破坏了国家对医疗行业的管理秩序，而且严重威胁到就诊人的生命安全和健康权益。可见，不具备申请执业条件的人非法行医，其社会危害性远远大于已具备申请执业条件的人非法行医，对这类非法行医活动进行打击才是刑法增设非法行医罪的宗旨，才能解释为什么刑法将非法行医罪的主体限定为“未取得医生执业资格的人”，也才符合罪责刑相适应的原则。

综上所述，我们认为，将刑法第 336 条中的“医生执业资格”的含义界定为“法律、法规或者规章所规定的行医者申请开展医疗、预防、保健业务所应具备的卫生技术职称、医师执业证书、临床工作年限等条件”，符合刑法增设此罪的立法宗旨，避免了将两种性质不同，危害程度相差甚远的非法行医行为混为一谈，因而是可取的。

由于章俊理是个体行医，根据对“医生执业资格”含义的上述理解，判断章俊理是否具有医生执业资格，应当看有关规定对申请个体开业行医是如何规定的。如果章俊理具备了当时有关规定确立的申请个体开业行医条件，就说明他取得了医生执业资格，就不可能构成非法行医罪。由于章俊理从事个体行医时间近 10 年（从 1989 年 5 月至 1998 年 11 月），期间有关部门颁发了多个涉及申请个体开业行医条件的规定，且这些规定的内容存在较大差异，致使章俊理在行医过程中是否一直具有“医生执业资格”变得较为复杂，下面将详细探讨这一问题。

（三）实务中如何判断行为人是否已经取得“医生执业资格”

笔者在前面已经论证，无论是在《执业医师法》颁布施行之后还是之前，医生执业资格都是医生资格和执业资格的统一，具体而言，就是指行为人是否具备了法定的申请执业条件。不过，仅仅界定“医生执业资格”的含义尚未解决非法行医罪主体方面的全部问题。对于行为人是否已经具备法定的申请执业条件，从而取得医生执业资格，尚需找到更明确的依据才能加以确认。由于不同时期的法律、法规和部门规章对不同的人规定了不同的行医条件，因此，必须针对不同的人，区分不同的时段，依据不同的法律法规或部门规章，来判断他是否具备“医生执业资格”。具体而言，必须注意以下几方面的问题：

1. 根据何时的规定来审查行为人是否取得医生执业资格。关于申请执业的

条件，在不同时期的法律法规和规章中都有规定，而且内容往往不同，在判断行为人是否取得医生执业资格时，应当以行为人申请执业时的规定为标准。道理显而易见：此前的规定由于已经被申请时有效的规定所取代，已经不能再适用；此后新颁布的规定由于行为人当时根本不可能知晓，更不能适用，这样，只有申请执业时有效的规定，才是申请人的行为依据。具体而言，在《执业医师法》施行前，应当以行为人是否具有当时有效的卫生管理法规或者规章中规定的申请执业所必须具备的条件，作为判断其是否具备“医生执业资格”的标准。其中，对于在医疗机构中从事诊疗活动的医务人员，是审查其是否取得了由各级卫生职务评审委员会或者其他有权机构授予的可以执业的医士、医师、主治医师等卫生技术职称；对于个体行医者而言，则是看其是否具备了国家及其所在省、自治区、直辖市卫生行政部门颁布的法律、法规和规章规定的申请个体开业行医条件。例如，本案中，章俊理是个体牙科医生，判断他是否取得医生执业资格，就是看他是否符合当时有关卫生行政管理部门颁布的个体开业行医管理办法规定的申请开业行医条件。如果符合，就具有医生执业资格。这是因为，在《执业医师法》施行以前，我国不存在由国家统一组织的医师资格考试和医师注册制度，行为人只要具有由各级卫生职务评审委员会或者其他有权机构授予的医士、医师、主治医师等卫生技术职称，便可以申请在医疗机构中开展临床诊断和治疗业务，也就取得了医生执业资格。对于申请个体开业行医，国务院和各省、自治区、直辖市卫生行政部门一般都专门规定了更为严格的条件，行为人只有完全具备了这些条件，才属于取得了“医生执业资格”。在《执业医师法》施行后，应当以行为人是否具备该法所规定的申请从事诊疗活动所必须具备的条件，作为判断其是否具备“医生执业资格”的标准。具体而言，在医疗、预防、保健机构中从事医疗、预防、保健业务的人员，必须同时具备以下两项条件，才属于取得了医生执业资格：①通过医师资格考试，取得执业医师资格或者执业助理医师资格。②在所在地县级以上卫生行政部门注册，领取由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书。

申请个体行医者，必须同时具备以下三方面的条件，才属于已经取得医生执业资格：①通过执业医师资格考试，取得医师资格。执业助理医师不可能具备个体行医的“医生执业资格”。②在所在地县级以上卫生行政部门注册，领取由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书。③注册后在医疗、预防、保健机构中执业满 5 年。在此必须强调指出，个体行医者（即开私人医疗机构者）取得“医生执业资格”的条件与仅仅是在医疗机构中执业的人员取得“医生执业资格”的条件不完全相同，因此，如果仅具备在医疗机构中执业条件的人从事个体行

医，他仍然属于未取得医生执业资格的人。①

2. 行为人的医疗行为如果跨越多项涉及医生执业资格规定的施行日期，如何判断其是否取得医生执业资格？实践中，有的人从事医疗活动的执业时间较长，在其行医期间，又有新的涉及医生执业资格的规定发布实施，而按照新的规定，行为人已经不具备医生执业资格。例如，本案中，被告人章俊理便存在这种情形。章俊理是1988年下半年在南昌市西湖区开设私人牙科诊所，远远早于《执业医师法》颁布和施行的时间，要确定他是否具有“医生执业资格”，只能看他是否具备当时有关个体开业行医的规定所确定的个人申请执业条件。1988年，江西省判断某人是否具备申请个体开业行医条件所依据的是1984年4月13日江西省卫生厅颁发的《江西省城乡个体行医暂行管理办法》，该办法第2条第2项规定，闲散在社会上，自学成才，并已取得技术职称的西、中医师和西、中医士、助产士、牙科技师（士）、草药医师（士），可以申请开业。章俊理曾师从民间牙医李河南，1988年6月又在江西省人民医院评到了“技士”职称，正好符合该条规定，因此，章俊理在开业行医伊始，无疑属于已经取得医生执业资格的人。对于这一点，本案的一、二审法院都没有异议。问题在于，有关部门又先后颁发了一系列规范个体医疗活动的规章，对个体开业行医的条件作出了调整，总体而言是越来越严格。这些规章主要有江西省卫生厅1989年9月6日颁发的《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》，卫生部1994年8月29日发布的《医疗机构管理条例实施细则》以及江西省卫生厅1995年2月28日颁发的《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》。根据《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》第8条第3项的规定，经省、地市卫生行政部门统一考试、考核合格，取得口腔技士职称后，需连续从事本专业4年以上，才可以申请个体开业行医。根据《医疗机构管理条例实施细则》第13条第1款规定，在城市设置诊所的个人，必须同时具备下列条件：①经医师执业技术考核合格，取得《医师执业证书》；②取得《医师执业证书》或者医师职称后，从事5年以上同一专业的临床工作；③省、自治区、直辖市卫生行政部门规定的其他条件。《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》规定的个人在城市开设诊所的条件与《医疗机构管理条例实施细则》的规定基本相同。这样，在新的规章施行后，章俊理是否还具有医生执业资格，就值得探讨。章俊理是1988年6月被评定为“技士”职称，1990年2月换证时，离取得口腔技士职称还不到两年，如果以新的规章来衡量，章俊理

① 参见张明楷：《试论非法行医罪》，载高铭暄主编：《刑法学研究精品集锦》，法律出版社2000年版，第416页。

确实从原来的具有医生执业资格变成了不具有医生执业资格。本案一审法院和二审法院正是从这一立场出发，认定章俊理自 1989 年以来，一直不具备医生执业资格。[①]

那么，对这种情形究竟应当如何处理呢？对此有两种不同看法。第一种观点就是本案一、二审法院所主张的，即行为人在整个行医过程中，是否“符合国家卫生主管部门及各级卫生行政管理部门各个时期对个体行医应有的资格规定的条件”[②]，第二种观点则认为，前一种观点和做法明显缺乏合理性，从实际情况来看，行医者根本无法做到，因而有失公正。[③] 笔者认为，对这种情形的处理应当根据有关规定的具体内容和宗旨而定。如果有关新规定指明了关于执业条件的规定仅适用于新申请执业者，那么，有关内容对已经在医疗机构中执业者或者已经在从事个体开业行医者就没有约束力，他们即使不符合新规定的申请执业条件，仍然具备医生执业资格，可以正常执业。如果有关新规定指明关于执业条件的规定不但适用于新申请执业者，而且适用于已经在执业者，那么，已经在执业者如果不符合新规定的申请执业条件，就不再具有医生执业资格，不能再合法执业了。不过，如果是后一种情况，有关规定应当给不符合新规定的执业者一个宽限期，以便他们在这一期限内通过努力取得新的执业条件，继续开展诊疗业务，否则就等于强行剥夺合法执业者的工作权利，显然是非法和不人道的。

（四）本案被告人章俊理是否具有“医生执业资格”

基于上述标准，结合本案被告人章俊理开业行医后有关新规定的具体内容，笔者认为，有关新规定的内容并不适用于章俊理，本案一审和二审法院关于章俊理自 1989 年以来一直未取得医生执业资格的认定难以成立，主要理由如下：

1. 一、二审法院的这种认定违背了有关部门颁布的新规定的本意，以致适用对象发生错误。从上述江西省卫生厅办法的规章所规定的内容可以清楚地看到，有关规定并不是要对过去已经取得医生执业资格的行医者重新设置新的执业资格，而是要确定新申请开业行医或者设置诊所必须具备何种条件，因而只能适用于新申请开业行医者，不能适用于早已经开业行医的章俊理。不可否认，江西省卫生厅确实于 1989 年 9 月 6 日和 1995 年 2 月 28 日分别发布了“《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》和《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》，

---

① 参见王工、张赞宁主编：《非法行医罪与“三章”系列案》，东南大学出版社 2003 年版，第 22 页。

② 同上注，第 21 页。

③ 参见万诚：《也谈非法行医罪“医生执业资格”的认定》，载王工、张赞宁主编：《非法行医罪与“三章”系列案》，东南大学出版社 2003 年版，第 366 页。

对申请个体开业行医和个人申请设置诊所的资格和条件作出了新的规定。但是，一审判决根据这两个文件认定被告人章俊理不符合卫生行政部门规定的行医条件，显然误解了这两个文件所规定的开业行医条件适用的对象。从《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》第 8 条和《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行)》第 14 条的文字表述，可以清楚地看出，这两个文件所规定的开业行医以及设置诊所的条件只适用于新申请开业者，而不适用于已领取行医执照的人，因为两个文件的有关条款用语是“申请”个体开业行医和设置诊所，而章俊理早在 1989 年 5 月就已经完成了这样的“申请”，此后他再也不用申请开业而只需换照年审。因此，上述两个文件规定的条件并不适用于章俊理，当然也不会对章俊理的行医资格产生影响。这一结论还可以从《执业医师法》附则的有关规定得到印证。该法附则第 43 条规定：“本法（即《执业医师法》）颁布之日前按照国家有关规定取得医学专业技术职称和医学专业技术职务的人员，由所在机构报请县级以上人民政府卫生行政部门认定，取得相应的医师资格。”显然，根据该条规定，即便是在《执业医师法》颁布施行后，那些过去已经取得的医学专业技术职称，如医师、技士，仍然有效，并且可以经县级卫生行政部门的认定而直接取得相应的医师资格，而无须通过全国医师资格统考才能取得医师资格。同样的道理，那些在开业行医的新规定颁布以前就已经根据当时的法律领取了行医许可证的人，当然不需要按照新规定再领取一次行医许可证，而只需换证就行了。换言之，即章俊理自其 1989 年 5 月依法领取医疗机构执业许可证开业行医时起，只要他按时参加年审换证，就一直具有医生执业资格，后来各部门颁布的关于个体开业行医的新规定，都与他没有关系。

顺便指出，即使按照一、二审法院的观点来判断章俊理的医生执业资格，他从 1992 年下半年到 1995 年 2 月 28 日这 2 年半多的时间内也是具有医生执业资格的。理由是，章俊理是在 1988 年 6 月 13 日被江西省人民医院职称评审委员会评定为“技士”职称，根据江西省卫生厅 1989 年 9 月 6 日颁发的《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》第 8 条第 3 项的规定，取得口腔技士职称后，连续从事本专业 4 年以上的，可以申请个体开业行医，亦即取得了医生执业资格。章俊理在取得技士职称的当月便停薪留职，1988 年下半年开始从事牙科个体行医活动[①]，此后一直是从事该专业，这样，到 1992 年下半年，他便连续从事本专业 4 年，符合《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》第 8 条第 3 项规定的“取得口腔技士职称后，连续从事本专业 4 年以上”的申请个体开业行医条件，从而

① 参见王工、张赞宁主编：《非法行医罪与“三章”系列案》，东南大学出版社 2003 年版，第 10 页。

取得了医生执业资格。因此，即使按照一、二审法院的观点，从 1992 年下半年到 1995 年 2 月 28 日《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》施行前，章俊理也是符合申请个体开业行医条件，从而具备医生执业资格的。

2. 一、二审法院关于章俊理自 1989 年以来一直不具备医生执业资格的认定与本案事实真相不符，有违常理。从本案的实际情况看，南昌市有关卫生行政部门在给已经领取个体行医执照的医疗人员换照审查时，也是按照不需要具备上述文件规定的条件来掌握的。南昌市东湖区卫生局 1998 年 11 月 25 日出具的《关于章俊理牙科诊所执业证照颁发过程的说明》中明确指出，1990 年 2 月 28 日颁发给章俊理的个体行医执照是在认定其“符合江西省个体医生发证管理规定，经研究报市卫生局审批同意”的，而如果按照当时已经施行的《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》所规定的申请开业行医条件，章俊理在行医时间上并不符合要求。这就非常清楚地表明，对于已经依法领取行医执照的章俊理换发个体行医执照不受上述文件规定的条件限制，否则，东湖区卫生局就不会在该说明中强调符合江西省个体医生发证管理规定了。另外，本案公诉机关办案人员与有关卫生行政部门工作人员的谈话也可以证实这一点。进而言之，从上述文件规定的新申请开业行医的条件内容来看，其宗旨不外乎是要提高个体行医者的医疗技术水平和增长医疗实践经验，章俊理从 1982 年就开始在江西省人民医院口腔科工作，此后一直从事的是牙科医疗工作，很难说他当时的医疗技术和工作经验还在实际上不具备这两个文件所要求的实际水平。

需要强调的是，我国直到 1999 年 5 月开始实施的《执业医师法》，才确定医生从事执业必须通过考试取得医生执业资格，1999 年 10 月全国才进行第一次医生执业资格考试。而在此之前，并无相对配套完整的卫生行政法规对医生执业资格问题作出明确规定，因而在当时的情况下，是否允许一个人行医，唯一可以依据的，也就只有卫生管理部门有关文件规定的申请个体开业行医条件和从卫生行政管理部门领取的医疗机构执业许可证了。既然章俊理在申请个体开业行医时具有可以申请开业的职称，又一直是在领取了当地卫生行政部门颁发的个体行医执照或经政府有关部门同意的情况下行医（其间虽然有 5 个月时间即从 1989 年 9 月至 1990 年 2 月没有领取行医执照，但有 1989 年 7 月 12 日东湖区卫生局开出的临时管理证明同意其暂不办理换证手续而继续行医），那么，认定其自 1989 年以来，一直不具备医生执业资格就显然违背本案基本事实和常理。

综合上述事实和理由，可以清楚地看到，本案第一被告人章俊理已完全具备医生执业资格。一、二审判决以章俊理不符合他已经领取个体行医执照后，有关部门新颁发的规定中针对新申请开业行医者而规定的开业行医条件为理由，认定

章俊理不应具备医生执业资格，显然是错误地套用有关规范，难免作出错误的判决结论。

需要指出，一、二审法院之所以会作出章俊理自1989年以来，一直不具备医生执业资格的判定，江西省卫生厅在发布有关个体开业行医管理办法和医疗机构管理办法时，同时下发的《通知》中含糊其辞、有欠合理的内容，以及有关《办法》中明显不合理的内容难辞其咎，甚至应当负主要责任。江西省卫生厅在1989年9月6日印发《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》时，在同时下发的《关于印发〈江西省城乡个体开业行医暂行管理办法〉的通知》中规定："各地要根据《管理办法》的要求，对个体医疗机构重新进行一次全面的登记、审批和发证，不符合条件的要停办"；在1995年2月颁布施行的《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》第103条规定："本办法实施以前已经批准执业的医疗机构，经清理整顿后，符合医疗机构设置规划和办医条件的，可不办理设置审批手续，按本办法，直接办理登记、审批、发证。"本案一、二审法院正是根据上述通知和办法中的内容，认定在章俊理开业行医后新发布的涉及医生执业资格的规定也适用于对章俊理是否具有医生执业资格的审查。[①] 而如果上述通知和办法中所谓的"条件"如果确实是指申请开业行医或者设置诊所的条件，那么，根据上述内容，新规定确实适用于对章俊理医生执业资格的审查。如果是这样的话，江西省卫生厅的有关新规定实际上是粗暴、蛮横地在一夜之间将一部分拿着医疗机构执业许可证，正在老老实实合法行医的人一脚踢出医疗行业，让他们失业。这显然是无法令人接受的，正如有论者所指出：江西省市区卫生行政主管部门自1984年4月至1999年5月，既没有对个体行医者进行过医学与技术再教育或者再培训，也没有给个体行医者举办过卫生技术职称的考试或考核，却突然于1995年要求所有个体行医者都必须取得医师职称，显然是强人所难。[②] 事实上，上述规定在江西省没有也不可能得到执行，却成了本案一、二审法院对章俊理医生执业资格进行错误认定的关键性根据。

六、非法行医罪主观要件的认定

（一）非法行医罪主观方面是故意还是过失

非法行医罪的主观方面表现为行为人明知自己是在没有取得医生执业资格的

---

① 参见王工、张赞宁主编：《非法行医罪与"三章"系列案》，东南大学出版社2003年版，第21页。

② 参见万诚：《也谈非法行医罪"医生执业资格"的认定》，载王工、张赞宁主编：《非法行医罪与"三章"系列案》，东南大学出版社2003年版，第366页。

情况下从事诊疗活动，仍然决意实施这种行为的心理态度。因此，非法行医罪主观方面表现为直接故意。这是刑法理论界的通说。[①]

非法行医行为可能造成就诊人身体健康受到严重损害甚至死亡的结果，有观点认为，在考察非法行医罪主观方面时，还必须考察行为人对这种结果的心理态度。[②] 另有观点认为，本罪主观方面多表现为间接故意或者过失[③]，理由显然是行为人对就诊人身体健康受到严重损害或者死亡的结果可能持放任或者过失两种心理态度。还有观点认为，本罪主观上必须是过失[④]，理由则显然是构成本罪，行为人对就诊人身体健康受到严重损害或者死亡的结果只能出于过失，如果是故意，则应当以故意伤害罪或者故意杀人罪论处。那么，行为人对其非法行医行为可能造成就诊人身体健康受到严重损害或者死亡结果的心理态度究竟对本罪主观方面有什么影响呢？换言之，即行为人对这两种危害结果的态度是否会影响到本罪的罪过形式呢？笔者认为不能。

《刑法》第 336 条对非法行医罪是这样规定的："未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。"这一规定清楚地表明，非法行医罪不以就诊人身体健康受到严重损害或者死亡为成立条件。只要非法行医情节严重[⑤]，即可构成本罪。而根据中外刑法理论通说，犯罪故意的认识内容以犯罪构成要件事实为限。[⑥] 既然就诊人身体健康受到严重损害或者死亡的结果不是非法行医罪的构成要件，那么，行为人根本无须认识到这两种危害结果中的任何一种，其非法行医行为就可能构成非法行医罪。可见，前述认为非法行医罪主观方面必须是过失或者多表现为间接故意或过失的观点，都是错误的。进而言之，从《刑法》第 336 条的规定可以知道，就诊人身体健康受到严重损害或者死

---

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下编），中国法制出版社 1999 年版，第 1029 页；赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 764 页。陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社 2003 年版，第 657 页；张明楷：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版，第 853 页。

② 参见梁华仁：《解析非法行医罪》，载《中国商法》2000 年第 2 期；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下编），中国法制出版社 1999 年版，第 1029 页。

③ 参见吴学艇主编：《刑法修订问题讲座》，中央编译出版社 1997 年版，第 498 页。

④ 参见邓又天主编：《刑法释义与司法适用》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 655 页。

⑤ 所谓非法行医情节严重，是指非法行医经处理后仍不改正的；缺乏基本医学知识，乱医乱治，欺骗就诊人的；由于误诊，贻误病情，使患者病情加重的等（参见胡康生、李福成主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社 1997 年版，第 479 页），并不包括严重损害就诊人身体健康或者造成就诊人死亡，否则《刑法》第 336 条规定的内容就会陷入逻辑混乱、自相矛盾之中。

⑥ 参见姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社 1992 年版，第 109 页。

亡，只是成立非法行医罪结果加重犯的要件。认为非法行医罪主观方面必须是过失或者多表现为间接故意或过失的观点，错误根源在于将行为人对加重结果的过失或者间接故意心态，误当作非法行医罪基本犯罪的罪过形式。

（二）领取医疗机构执业许可证对未取得医生执业资格者主观认识的影响

某一行为要构成非法行医罪，行为人主观上必须认识到自己没有取得医生执业资格。通常情况下，行为人对自己是否取得了医生执业资格十分清楚，但也不能排除行为人在这方面发生错误认识的可能。具体而言，当行为人本来不具有医生执业资格，却由于某种原因而取得了医疗机构执业许可证时，就可能基于这一事实而认为自己已经取得了医生执业资格，这是作为国家机关的卫生行政管理部门的行政许可行为对相对人认识很可能造成的影响。由此产生了一个问题，即行为人已经取得医疗机构执业许可证这一事实对其主观心态会产生何种影响，行为人会因此而必然认识到自己已经取得医生执业资格，还是仍然可能认识到自己没有取得医生执业资格呢？假如医疗机构执业许可证对行为人的认识所产生的影响是前一种情况，那么，本案的定性就变得非常简单而明确：由于章俊理一直是在领取了卫生行政管理部门颁发的医疗机构许可证的情况下从事诊疗活动，因而其行为不可能具备非法行医罪主观方面的要件，从而不可能构成非法行医罪。但是，笔者认为，尽管行为人一旦领取了医疗机构执业许可证，往往就会认为自己已经取得了医生执业资格，但二者还不能完全画等号。因为医疗机构执业许可证和医生执业资格毕竟不是同一概念，不能完全排除某些人在没有取得医生执业资格的情况下，通过非法手段领取了医疗机构执业许可证的情形存在。如果行为人恶意实施上述行为，就可能在已经领取了医疗机构执业许可证的情况下，内心仍然认识到自己并没有取得医生执业资格。那么，已经领取了医疗机构执业许可证的人，在什么情况下认为自己已经取得医生执业资格，在什么情况下知道自己仍然没有取得医生执业资格呢？可以分两类不同情况来分析判断。

1. 第一类情况是，领证人并无过错，由于卫生行政管理部门审查失误而错发医疗机构执业许可证，致使行为人本不具备医生执业资格却持证行医。

对于这种情况，如果没有确凿的证据证明领证人确信自己没有取得医生执业资格，应当推定行为人已经认识到自己取得了医生执业资格。

通常情况下，个体行医人员对自己是否已经取得了医生执业资格是清楚的，负责审查申请人资格以及颁发医疗机构执业许可证的卫生行政管理部门工作人员也清楚。如果行为人不具备医生执业资格，通常便不会去申领医疗机构执业许可证；即便去申请，卫生行政管理部门也不会颁发，因此，申请人本不具备医生执

业资格却能够领到医疗机构执业许可证然后开业行医的情形是很少的。但是，由于我国医疗行业的法律、法规和部门规章为数颇多，其中关于个体开业行医条件的规定前后冲突的不少①，因此，实践中也可能出现这样的特殊情况：即申请人客观上并不具备医生执业资格，但由于卫生行政部门审查过程中出现失误，致使申请人领到了医疗机构执业许可证并行医。这类特殊情况根据申请人对自己不具备医生执业资格这一事实是否知情，又有三种情形：

（1）行为人认为自己已经具备医生执业资格，因而向有关卫生行政部门申请领取医疗机构执业许可证，有关部门工作人员因审查失误，向行为人颁发了医疗机构执业许可证。比如，江西某地的社会闲散人员甲具有正骨中医士职称，他于1989年11月份看到江西省卫生厅1984年4月13日颁发的《江西省城乡个体行医暂行管理办法》，看到该办法第2条规定，像他这种条件的人可以申请开业行医，于是依法向有关卫生行政管理部门提出申请。而实际上，这时江西省卫生厅已经发布了新的文件，即1989年9月6日颁发的（89）赣卫医字第207号《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》。根据该新办法，具有医士职称的人员，必须在取得医士职称后，连续从事本专业4年以上，才能申请开业行医。甲不知道有新的规定，负责审批的卫生行政管理部门工作人员也不知道，于是将执业许可证颁发给了甲。在这种情况下，行为人虽然在客观上不具备医生执业资格，但他主观上则认为自己已经具备该项资格。

（2）行为人对自己是否具备医生执业资格不清楚，抱着试一试的心理向有关卫生行政管理部门申请医疗机构执业许可证，由于卫生行政管理部门审查失误，给行为人颁发了执业许可证。这一类情况相对于上一类较为少见，但也不能排除。例如，刘某曾拜民间药师为师，学习正骨和草药技术，时常为一些人治疗跌打损伤，他见到不少人都开了私人诊所，自己也想开一个，但不知道自己是否具备开业行医条件，于是抱着试一试的心理也向卫生行政管理部门申请医疗机构执

① 例如，对于个体开业行医应当具备哪些条件，在江西省先后适用的法律、法规和部门规章就有9个：（1）国务院批准的卫生部《关于允许个体开业行医问题的请示报告》（1980年8月）；（2）江西省卫生厅（84）赣卫医字第76号《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》（1984年4月13日）；（3）江西省卫生厅《关于卫生技术人员停薪留职等问题的暂行规定（试行）》（1988年11月8日）；（4）卫生部、国家中医药管理局《医师、中医师个体开业暂行管理办法》（1988年11月21日）；（5）江西省卫生厅（89）赣卫医字第207号《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》（1989年9月6日）；（6）国务院《医疗机构管理条例》（1994年2月）；（7）卫生部《医疗机构管理条例实施细则》（1994年8月29日）；（8）江西省卫生厅赣卫医发［1995］第40号《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》（1995年2月28日）；（9）全国人大常委会《中华人民共和国执业医师法》（1998年6月26日通过，1999年5月1日施行），这些规范性文件对个体开业行医条件的规定存在很大差别。

业许可证，并且果真领到了。由于在实践中，人们一般是根据有无医疗机构执业许可证来判断行为人是否具备医生执业资格，是否属于合法行医，因此，在这种情况下，行为人一般从领到医疗机构执业许可证时起，便认为自己已经具备了医生执业资格，即行为人的主观心态在其领取医疗机构执业许可证后发生了变化，由原来的不能确认自己是否具备医生执业资格，转变为认为自己已经具备了医生执业资格。

（3）行为人主观上认识到了自己不具备开业行医条件，但抱着侥幸心理向有关卫生行政管理部门申请开业行医，由于卫生行政管理部门审查失误，给行为人颁发了执业许可证。这一类情况相对于上一类更为少见，但也不能完全排除。例如，王某仔细查阅过个体开业行医的法律、法规和部门规章，知道自己虽然曾拜民间药师为师，学习正骨和草药技术，并且时常为一些人治疗跌打损伤，但并不具备个体开业行医的条件。他本来没有打算去申请开私人诊所，但发现一些条件和自己一样的人也领到了行医执照，于是自己抱着试一试的心理也向卫生行政管理部门申请医疗机构执业许可证，并且果真领到了。对于这种情况，如果没有确凿的证据证明行为人在领取医疗机构执业许可证后，仍然确信自己没有取得医生执业资格，则应当推定行为人主观上认为自己已经取得了医生执业资格，这是因为，通常情况下，卫生行政管理部门只有在经审查确认申请者已经具备医生执业资格的情况下，才会给他颁发医疗机构执业许可证，因此，实践中，人们通常是根据有无医疗机构执业许可证来判断某个人是否具备医生执业资格，一旦行为人领取了医疗机构执业许可证，通常就会认为自己当然已经具备了医生执业资格，即行为人的主观心态在其领取医疗机构执业许可证后也发生了变化，由原来的认为自己不具备医生执业资格，转变为认为自己已经具备了医生执业资格。

可见，在领证人并无过错，由于卫生行政管理部门审查失误而错发医疗机构执业许可证，致使行为人本不具备医生执业资格却持证行医的情况下，行为人通常都会由于领取了卫生行政管理部门颁发的执业许可证而认为自己已经取得医生执业资格，因此，如果没有确凿的证据证明领证人知道自己没有取得医生执业资格，应当推定行为人认为自己取得了医生执业资格，从而不可能具备非法行医罪主观方面要件。

2. 第二类情况是，行为人采用非法手段领取医疗机构执业许可证。这里所谓的非法手段，是指虚构卫生技术职称，谎报工作经历，隐瞒阻却其取得医疗机构执业许可证的其他事实，或者行贿等手段。行为人采用非法手段领取医疗机构执业许可证可能基于以下两种原因之一，①行为人明知自己不具备医生执业资格，为了领取医疗机构执业许可证而采取上述非法手段，从而取得有关证件；

②行为人实际上不具备医生执业资格，却自认为已经具备，误以为是卫生行政管理部门的工作人员对其进行刁难而不给其颁发许可证，因而采取送礼等非法手段，最终取得了医疗机构执业许可证而开业行医。在不同情形中，行为人的主观认识有所不同。

如果行为人是由于第二种原因而采取送礼等非法手段，最终取得了医疗机构执业许可证而开业行医，那么，在其领取了执业许可证以后，必然更加确信自己具备医生执业资格。

如果行为人明知自己不具备医生执业资格，却通过非法手段领取了医疗机构执业许可证，那么，在领证之后，其主观心态可能发生变化，也可能不发生变化。有的人在领取医疗机构执业许可证之后，会认为自己已经具备了医生执业资格。这是因为，从有关法律、法规和部门规章的规定来看，要取得医生执业资格，必须具备实质和形式两方面要件。所谓实质要件，是指一个人所具有的真实医疗水平；所谓形式要件，是指一个人申请开业行医必须具备的技术职称和工作年限。法律、法规和部门规章对申请开业行医者真实医疗水平的要求，是通过对其开业行医必须具备的形式要件的规定体现出来的。正常情况下，一个人的卫生技术职称越高，其真实医疗水平就越高；工作年限越长，医疗实践经验就越丰富，真实医疗水平也越高，因此，规定了申请开业行医必须具备的形式条件，就基本上限定了申请开业行医者必须具备的实质条件。不过，一个人的真实医疗水平与其卫生技术职称和工作年限并非总是保持这种关系。实践中，有的人医疗水平较高，而其卫生技术职称和工作年限尚不符合开业行医条件，他看到实际医疗水平不如自己的人都在开业行医，便觉得只要领到了医疗机构执业许可证，就算取得了医生执业资格，可以开业行医。正是基于对医疗机构执业许可证与医生执业资格之间关系的这种误解，有的人在通过非法手段领取了医疗机构执业许可证之后，也会认为自己已经取得了医生执业资格。比如，甲通过了医师执业技术考试，取得了《医师执业证书》，但在医疗机构中才工作 4 年，离有关卫生法规规定的领取个体医疗机构执业许可证所要求的临床工作年限还差 1 年，因而无法领取行医执照，由于当地有不少条件比他更欠缺的人都领取了医疗机构执业许可证，在开业行医，于是甲认为，只要领取了医疗机构执业许可证便具备了医生执业资格。在这种心理的驱使下，甲伪造了一份他已经达到申请开业行医的临床工作年限的证明，从有关卫生行政管理部门领取了医疗机构执业许可证并开业行医。由于有了执业许可证，甲认为自己已经具备了医生执业资格，于是大作宣传广告，并贷款数百万元改进和完善医疗设备，不料在行医过程中发生医疗事故，致使就诊人死亡，于是受到有关部门查处。在查处过程中，发现甲并不完全具备

开业行医条件。对于本案中甲的行为，如果必须追究刑事责任，只能按医疗事故罪或者其他犯罪（如过失致人死亡罪）处理，而不能按非法行医罪论处，原因就在于已经有足够的证据证明，甲主观上认为自己已经取得医生执业资格，因而不具备非法行医罪的主观要件。还有的人在取得医疗机构执业许可证后，则仍然认识到自己不具有医生执业资格，是在非法行医。例如，乙是一名江湖郎中，平时就靠自吹自擂扩大影响，给患者治病时则通过将一些简单的镇痛或者治疗感冒的西药掺和在自己配制的所谓“祖传秘方”中来达到表面的效果。他明知自己医术平平，也根本不具备医生执业资格，完全是靠弄虚作假来聚敛钱财，却利用有关卫生行政管理部门管理上的漏洞，通过欺骗手段获得了一些“医师”职称，并进而领取了医疗机构执业许可证行医。对这种情形，应当认定乙明知自己不具备医生执业资格。如果乙通过弄虚作假的“祖传秘方”给患者治病严重损害了患者身体健康甚至生命，应当考虑以非法行医罪追究其刑事责任。

总之，由于医疗机构执业许可证与医生执业资格之间存在密切联系，卫生行政管理部门颁发医疗机构执业许可证以申请者具备医生执业资格为前提条件，因此，在多数情况下，只要行为人领取了医疗机构执业许可证，就会认为自己已经取得了医生执业资格。基于上述原因以及医疗机构执业许可证本身作为证据所具有的证明力，笔者认为，除非有确凿证据证明行为人在领取了医疗机构执业许可证以后，仍然认识到自己不具备医生执业资格，否则，只要行为人领取了医疗机构执业许可证，就应当推定其认为自己具备了医生执业资格，不能以非法行医罪追究其刑事责任。那种仅仅因为行为人客观上不具备医生执业资格，便认定其主观上明知自己不具备医生执业资格，进而对那些已经领取了医疗机构执业许可证的人也以非法行医罪论处的做法，显然违反了主客观相统一的刑法基本原则，容易导致对行医者进行错误追究，殊不可取。当然，认为只要行为人是在领取了卫生行政部门颁发的执业许可证的情况下行医，便完全不可能构成非法行医罪的观点，也过于武断片面。

（三）本案被告人章俊理主观上是否可能明知自己不具备医生执业资格

笔者在前面探讨非法行医罪的主体要件的时候，已经指出，本案被告人章俊理实际上已经具备医生执业资格，不具备非法行医罪的主体资格，不可能构成非法行医罪，当然更不可能存在他明知自己不具备医生执业资格这种问题。在此之所以要探讨章俊理主观上是否可能明知自己不具备医生执业资格，是为了进一步明确，即便认定章俊理不具备医生执业资格，根据现有证据，也不能认定他主观上认识到了自己不具备医生执业资格，相反，应当认定他主观上确信自己具备医

生执业资格。

要认定被告人章俊理构成非法行医罪，就必须认定他主观上明知自己不具备医生执业资格，对这一点，本案一、二审法院都十分清楚。对这一问题，二审法院是这样认定的："1989 年 7 月始，章俊理、章君鹏以诊所地点变更和原西湖区卫生局颁发的个体行医执照即将到期为由，向南昌市东湖区卫生局提出申请，要求换发新的个体行医执照。当时，该局根据国家的有关规定，正开始对辖区内个体行医进行全面清理、整顿。同时，通过对章俊理'技士'职称的审查，认为其不符合《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》第 8 条第 2 项之规定的申请开业条件，即：'按卫生部关于卫生技术人员的职称评定和职务聘任制度的规定，取得医师、中医师及以上职称或士级职称资格后，在国家或集体医疗机构分别连续从事专业工作 3 年、4 年以上（牙科、针灸、推拿 2 年以上者）。'以章俊理虽有'技士'职称，但缺少在国家或集体医疗机构连续从事本专业工作 2 年以上的必备条件，不具备个体开业资格为由，拒绝发证，并将拒绝发证的理由告知被告人章俊理、章君鹏。但是，章俊理在未取得卫生行政部门许可的情况下继续行医，并伙同上诉人章君鹏四处活动，通过不正当手段，于 1990 年 2 月 28 日取得《南昌市地区个体行医诊所开业执照》。1989 年 9 月，章俊理从江西省人民医院调出，其编制挂靠在中国科技人才交流中心南昌分中心。1990 年 10 月，中国科技人才交流中心副主任江书平途径南昌，经南昌分中心主任王瑗琳引见后，章俊理、章君鹏要求为章俊理搞一个'医师'职称，江书平表示同意。随后，章俊理向该中心提供两份虚假证明材料，一份为盖有江西省人民医院办公室公章的'章俊理同志在本院口腔科从事口腔口矫专业临床达十一年之久'的证明，一份为盖有南昌市郊区计划生育委员会办公室公章的'章俊理同志技术职称为医士'的证明。据此材料，该中心于 1991 年 3 月评定章俊理为'主治医师'；1993 年 1 月，又以同样的材料评定其为'主任医师'。此后，章俊理便公开以'主任医师'名义行医。1993 年 10 月，江西省卫生厅专门发出《关于要求对章俊理牙科诊所有关问题进行查处的通知》，该通知明确指出：章俊理的主治医师、主任医师的技术职务是无效的。上诉人章俊理、章君鹏得知消息后，便与王瑗琳、江书平联系，以证实其主治医师、主任医师的效力，后获悉不具有效力时，便要求王瑗琳、江书平将章俊理的'主任医师'的职称报卫生部确认，但遭到拒绝，而章俊理对外仍使用'主任医师'职称行医。1994 年 2 月国务院颁布了《医疗机构管理条例》，1995 年 2 月，江西省卫生厅依据该条例制定颁布实施了《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》，进一步规范明确了对医疗机构的管理，并严格规定在城市设置诊所的个人必须同时具备'经医师执业技术考核合格、取得《医

师执业证书》或取得医师职称后，从事五年以上同一专业的临床工作’为个体开业行医的条件。章俊理明知自己不符合《实施办法》所规定的个体行医资格，仍继续行医，同时，又采取向东湖区卫生局原局长曾学军送钱、物的手段，最终使南昌市东湖区卫生局为该诊所进行了年检、换发了新证。”[1] 据此，二审法院认定被告人章俊理明知自己不符合卫生行政部门规定的行医条件，却开设个体牙科诊所非法从事医疗活动[2]，一审判决的结论和理由与二审法院基本相同。

关于医生执业资格的取得与行为人领取行医执照（医疗机构执业许可证在过去的称谓）后新颁布的规定开业行医条件的规范性文件之间的关系，我们在前面论述非法行医罪的主体要件时已经作了探讨，得出了行为人是否具备医生执业资格与新颁布的规范性文件之间没有关系的结论，因此，本案一、二审判决根据章俊理领取行医执照后新颁布的规范性文件规定的开业行医条件来认定章俊理不具备医生执业资格，依据和结论都是错误的。为了进一步论证本案一、二审判决认定章俊理、章君鹏构成非法行医罪完全错误，在此笔者需要着重指出，即使像一、二审法院判决所认定的那样，章俊理客观上不具备医生执业资格，两审法院认定章俊理明知自己不具备医生执业资格也是错误的。

要清楚地揭示一、二审法院认定章俊理明知自己不具备医生执业资格的错误所在，首先必须清楚他们是根据哪些证据来作出这种认定的，如果不清楚这一点，我们就很容易被判决书中似是而非的一大串事实认定所迷惑。仔细阅读二审判决书的上述内容，可以发现，二审判决认定章俊理明知自己不具备医生执业资格的最主要理由，是东湖区卫生局有工作人员通过对章俊理“技士”职称的审查，发现其不符合 1989 年 9 月 6 日江西省卫生厅颁布的《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》第 8 条第 2 项规定的申请开业行医条件，于是以章俊理虽有“技士”职称，但缺少在国家或集体医疗机构连续从事本专业工作 2 年以上的必备条件，不具备个体开业资格为由，拒绝发证，并将拒绝发证的理由告知被告人章俊理、章君鹏。这样，当时是谁对章俊理医生执业资格进行审查，是谁将拒绝发证的理由告诉章俊理、章君鹏，便成为认定章俊理是否明知自己不具备医生执业资格的关键。

根据一审判决书中列举的证据，对章俊理医生执业资格进行审查并告诉章俊理、章君鹏拒绝发证的理由的是证人刘菁萍（原南昌市东湖区医政科科长）和曾

---

① 参见王工、张赞宁主编：《非法行医罪与“三章”系列案》，东南大学出版社 2003 年版，第 15—17 页。

② 同上注，第 22 页。

学军（东湖区卫生局原局长）。但是，曾学军在作证时，只说他曾经对章君鹏说过章俊理不符合办证条件，对此，被告人章君鹏坚决予以否认，更否认对章俊理说过章俊理不符合办证条件。由于曾学军的证言没有任何其他证据能够印证，还遭到利害关系人章君鹏的坚决否认，因而不能采信。这样，刘菁萍的证据就成为关键。根据刘菁萍在法庭上的陈述，她曾经告诉过章俊理，他不符合办证条件。那么，刘菁萍的证言是否能够采信呢？笔者认为，完全不能采信，因为以下事实和证据充分说明刘菁萍的证言内容不可相信，并且能够充分证明章俊理根本不可能知道其不具备医生执业资格：

（1）刘菁萍的证言本身前后矛盾。她在司法机关办案人员最初对她进行询问时，只是说她觉得章俊理这个人比较冲，才不愿意立即给他办证，到后来才说是章俊理不符合办证条件才不给他办证，并对章俊理本人说过。这种前后矛盾的证人证言的证明力本身已经十分微弱。

（2）章俊理本人明确否认刘菁萍曾经对他说过他不符合办证的条件，并且强调自己是换证而不是办新证，自己完全符合换证的条件，事实上也顺利地换到了证。被告人章君鹏也当庭指出刘菁萍作的是假证。这样，刘菁萍和章俊理、章君鹏的证言和辩解之间形成了“一对一”的局面。根据证据审查认定的基本原则之一：“证据必须确实充分”，在没有其他证据的情况下，是不能采信刘菁萍的证言的。

（3）事实上，正是刘菁萍本人在 1990 年 2 月给章俊理办的行医许可证。对此，刘菁萍、曾学军的解释是章俊理找了上面的领导，领导打了招呼。我们认为这是经不起推敲的，也是无法成立的。因为根据刘菁萍的陈述，上面领导打了招呼的说法出自曾学军，而曾学军根本说不出到底是哪个领导打了招呼。实际上，要查明这一问题是十分容易的。既然司法机关无法查明，当然就不能认定是上面领导打了招呼才给章俊理办证，也不能认定章俊理是通过不正当手段办的证，更不能认定章俊理明知自己不具备行医条件。相应地，二审判决认定章俊理伙同上诉人章君鹏四处活动，通过不正当手段，于 1990 年 2 月 28 日取得《南昌市地区个体行医诊所开业执照》，根本没有必要的证据支持，因而无法成立。

（4）根据证人钟华的证言、被告人章俊理本人的陈述以及实际情况，领取了行医执照后，不符合卫生部门新规定的行医条件，但仍然在继续行医的，在当时南昌地区个体医生中十分普遍。本案证人钟华在 1998 年 11 月 27 日西湖区公安分局对其进行调查时，非常明确地陈述：“像我局辖区内的个体诊所，他们大部分是没有职称的，同样也为他们办理了医疗执业许可证。”章俊理在法庭审理时也指出了这方面的事实。这种情况无疑使人认为，只要在新规定颁布之前领取了

行医执照，就具备了医生执业资格。因此，即使章俊理客观上确实不具备行医条件，主观上也不可能认识到这一点。即使章俊理确实找过上面的领导，在章俊理本人主观意识中，也必然是认为刘菁萍等人故意刁难他，因而只好找上面领导解决问题（更何况根本没有必要证据来证明这一点）。试想，既然卫生技术职称和他一样甚至没有职称的个体医生都能够继续行医，为什么他就不能呢？这样对待他不是故意刁难又是什么呢？

（5）没有证据证明章俊理明知他的“主治医师”、“主任医师”职称无效，而且这两个职称是否有效对章俊理的行医资格并无影响。虽然在1993年10月江西省卫生厅发出的《关于要求对章俊理牙科诊所有关问题进行查处的通知》中，指出了被告人章俊理的“主治医师”、“主任医师”的技术职称是无效的。但在整个案件审理过程中，没有一份证据能够证明有哪个人或者部门就这件事通知过章俊理。同时，在二审法院认定的事实中，关于章俊理的“主治医师”、“主任医师”的效力情况，也是由章君鹏去打听的，打听的结果也仅仅是这两个职称未得到卫生部门认可，并非完全无效。至于章君鹏是否将打听结果告诉了章俊理，是如何告诉的，则没有任何证据能证实。因此，没有证据证明章俊理知道这两个职称的效力如何。

更关键的在于，这两个职称的效力如何，对章俊理的行医资格并无影响。因为章俊理并不是凭这两个职称去领取、换取的行医执照，而是在领取、换取行医执照后，在行医过程中用这两个职称提高自己的知名度，扩大诊所的影响。被告人章俊理在申请评“主治医师”、“主任医师”职称时对这两项职称的意义是非常清楚的，有对证人王瑗琳的询问笔录可以印证（当时办案人员问：你知道章俊理为什么急于求你评职称吗？王答：评主治医师时，章君鹏找我说，有职称好看些，中级职称不好看，要评一个高级的。）。显然，被告人章俊理清楚地知道，这两项职称的有无，并不影响其行医条件和执业资格。他之所以希望获得这两项职称，只是想提高其诊所的档次和自己的知名度，在名声上好听些，亦即锦上添花，绝不是认为要有这两项职称自己才有行医条件。对章俊理不利的证人曾学军也只是说，在换证时，这两个职称只是作为参考。因此，章俊理是否明知这两个职称的效力如何，根本不会影响到他对自己有无行医资格的判断。

从二审判决的上述具体内容来看，也根本得不出章俊理因为知道自己“主治医师”、“主任医师”职称无效而明知自己未取得医生执业资格的结论，可是，二审判决竟然还是将章俊理明知“主治医师”、“主任医师”职称无效，作为认定章俊理明知自己不具备行医资格的理由，显然是完全错误地理解了这两个职称在章俊理领取行医执照中的作用，将根本不存在因果关系的两件事认定为存在因果关

系，犯了明显的逻辑推导错误，结论当然无法成立了。更何况连章俊理是否明知其“主治医师”、“主任医师”职称无效这一点都无法证明。可见，法院的认定根本没有证据的支撑，在逻辑上也是十分混乱的。

（6）章俊理在行医期间，多次进行年检交费，每次均顺利通过，他没有理由认为自己不符合行医条件。即便按照刘菁萍、曾学军所说，章俊理在1990年是通过不正当手段领取的行医执照，此后的年检以及换证，章俊理也是依法进行的，并没有采取什么不正当手段，同样顺利通过了年检。试想，如果有关部门认为章俊理不具备医生执业资格，怎么可能自1990年至1998年案发，年年都给章俊理进行年检？可见，仅凭这样的事实，就没有理由认定章俊理明知自己不具备医生执业资格。至于二审判决认为章俊理是采取向东湖区卫生局原局长曾学军送钱、物的手段，最终使南昌市东湖区卫生局为该诊所进行了年检、换发了新证。则根本没有必要证据来证明，因而无法成立。根据现有证据，曾学军与章俊理家人只在1997年和1999年可能有过经济来往，其中1997年是曾学军在章君鹏开的灯具店中买灯具时，由章君程（章俊理二哥）以优惠价予以照顾，约值1千元，但章君程没有要他帮任何忙，与章俊理诊所办行医执照更是毫无关系。至于曾学军承认的章玉兰（章俊理之姐）1999年送他的5 000元，一是章玉兰本人从未承认有此事，二是曾学军的证言并未经二审质证，因而此项钱款尚不足以认定是否存在。退而言之，即令有其他证据进一步佐证此笔钱款之事的确存在，也根本不能据此认定章俊理诊所系通过不正当途径领到执业许可证，因为此时章俊理牙科诊所早已被查封，章俊理本人也已被司法机关羁押，更谈不上是在为章俊理办行医执照过程中送钱。因此，二审判决认定章俊理是通过给领导送钱、送物而领有执业许可证显然站不住脚。①

（7）被告人章俊理已持照行医近10年，其诊所规模由小到大、医疗设备由落后到先进，先后斥资1千多万元购置国外先进的医疗设备和扩充店面，这些事实从侧面证明章俊理确信自己具有医生执业资格。正常人显然很难想象，章俊理会在明知自己不符合卫生行政部门规定的行医条件、不具备执业资格的情况下作出这些举动。因为如果他明知自己不具备行医条件和执业资格，就会认识到他开的诊所随时可能会被有关部门查封。这样他投入的1千多万元就有可能损失殆尽。有谁会冒随时损失1千多万元的风险，去追求在相当长的时间内远远少于1千万元的利润呢？况且这种利润的来源还随时可能因被查处而终止！

从上述几方面情况，可以清楚地看出，在章俊理领取了医疗机构执业许可证

① 参见王工、张赞宁主编：《非法行医罪与“三章”系列案》，东南大学出版社2003年版，第81页。

行医的情况下，即使认定他客观上不具备医生执业资格，根据已有证据，也根本不能认定他主观上明知自己不具备医生执业资格，相反，应当肯定被告人章俊理明知自己已经具备医生执业资格。两级法院在认定被告人章俊理明知自己不具备医生执业资格的证据极其匮乏并且错误明显，根本不能采信，而认定章俊理明知自己已经具备执业资格的证据极为充分的情况下，违背“证据必须经过查证属实，才能作为定案根据”这一证据采信基本规则，强行认定章俊理明知自己不具备行医条件，其错误已经一目了然。

（四）行为人是否必须认识到自己非法行医行为的违法性

在行医过程中，还可能出现这种情形，即行为人在领取医疗机构执业许可证后，仍然知道自己不具备医生执业资格，却认为自己在取得了医疗机构执业许可证的情况下开业行医属于合法行医。对于这种情形如何处理，值得探讨。这涉及故意犯罪的行为人是否必须认识到自己行为的违法性。对于这一问题，我国刑法理论界分歧严重。通说认为，按照我国刑法规定，故意犯罪的行为人应当认识到其行为和结果的社会危害性，刑事违法性通常不是犯罪故意的认识内容；但是，当某种行为一向不为刑法所禁止，后在某个特殊时期或某种特定情况下为刑法所禁止，如果行为人确实不知法律已禁止而仍实施该行为的，他往往同时缺乏对行为及其结果的社会危害性的认识，这种情况下难以认定行为人具有犯罪的故意。亦即当行为人对刑事违法性缺乏认识影响到对自己行为及结果的社会危害性的认识时，刑事违法性成为犯罪故意的认识内容。[①] 从本质上看，我国刑法理论通说的观点可以概括为故意犯罪的行为人必须具有社会危害性认识而不需具有违法性认识。目前刑法理论界较为活跃的观点则认为，社会危害性不是犯罪故意的认识内容，但故意犯罪行为人应当具有违法性认识。[②] 另有个别论者认为，违法性认识和社会危害性认识都与犯罪故意的成立无关，只有犯罪构成事实才应当成为故意的唯一明知的内容。[③] 还有个别论者认为，违法性认识和社会危害性认识都是犯罪故意的认识内容，二者必须同时具备。[④]

---

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》上编，中国法制出版社 1999 年版，第 205 页；马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 332—337 页。

② 参见冯军：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 218—228 页；赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（上卷），河南人民出版社 1996 年版，第 311—312 页；田宏杰：《违法性认识与犯罪故意关系探析》，载中国人民大学法学院刑法专业组织编写：《刑事法专论》上卷，中国方正出版社 1998 年版，第 678—694 页。

③ 参见李心鉴：《刑法中违法性错误与故意的关系》，载《政治与法律》1990 年第 5 期；甘雨沛等主编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社 1991 年版，第 221 页。

④ 参见齐文远：《论犯罪故意的构成因素》，载《青年法学》1986 年第 2 期。

如何科学评价上述种种观点？我们认为：

（1）否定社会危害性认识和违法性认识是犯罪故意内容的观点，没有认识到之所以对故意犯罪行为人进行制裁，是因为行为人存在严重的主观恶性，因而也就认识不到体现行为人主观恶性的社会危害意识和违法意识作为犯罪故意认识内容的必要性，其结论显然是错误的。主张犯罪故意的认识内容应同时具备社会危害性认识和违法性认识的观点，也值得商榷。理由是，在现实社会中，不仅存在着行为人主观上同时具备社会危害性认识和违法性认识的情况，而且更大量地存在着行为人主观上或者仅具有违法性认识而不具有社会危害性认识，或者仅具有社会危害性认识而不具有违法性认识的情况，对于后者，同样应作为犯罪处理。

（2）通说原则上是正确的，但需要进一步完善。要科学判断社会危害性认识和违法性认识是否为犯罪故意的内容。首先应清楚探讨这一问题的意义或目的。综观国外关于违法性认识的各种学说[①]，可以发现对违法性认识是否为故意要素的探索，归根结底都是为了解决故意这种心态为什么应该受到非难这一问题，即故意责任问题。各种观点之间存在根本分歧的原因，在于各自所依据的责任理论不同，比如，违法性认识不要说是以心理责任论为基础，而心理责任论认为只要责任能力者具有对结果的认识或认识可能性，责任即可成立。[②] 根据这种责任论，作为责任要素的犯罪故意当然无需违法性认识。违法性认识必要说则是以道义责任论为基础，而道义责任论认为，只有在具有意志自由的人能够按其自由意志实施合法行为，但结果竟去实施违法行为时，才具有道义上非难的可能性。[③]亦即才能要求行为人对其行为承担责任。值得注意的是，在我国刑事立法及刑法理论中，引入了社会危害意识这一概念，这使得我们能够以一个新的标准，即以行为人是否具有社会危害意识为标准，来判断其行为是否应当受到非难。那么，这一判断标准是否科学可取呢？对此我们原则上持肯定态度，即在认定行为人认识到了构成故意犯罪必备的诸项构成要件事实后，只要能认定行为人主观上具有社会危害意识，就可以认定行为人具有犯罪故意，如果在这种情况下行为人实施了刑法所禁止的行为，就应当追究行为人故意犯罪的刑事责任。理由是：行为人既然在明知自己行为有害社会后，竟然坚持实施该行为，就充分说明他具有强烈的反社会心理和主观恶性，因而在主观上就具有了对其进行制裁的根据。如果在

① 国外关于违法性认识的各种学说，可以参见冯军：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 211—219 页。

② 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1991 年版，第 223 页。

③ 同上注。

这种情况下行为人实施了刑法明确禁止的行为，则在客观上又具备了对其进行制裁的根据，在这种情况下对其加以刑罚制裁，完全符合主客观相统一的追究刑事责任原则，因此，根本不会有产生破坏法治的危险。当然，在行为人的行为客观上危害了社会，主观上也具有社会危害性认识的情形下，如果刑法并未明文规定这种行为为犯罪，而司法机关却仅直接根据社会危害性处理案件，那当然是对法治的极大破坏，这并非我们所主张的观点，相反，是我们所坚决反对的。但我们同时认为，问题还没有就此完全解决，表现在：当用这种观点指导司法实务时，便可能遇到难以克服的矛盾。比如：在"大义灭亲"、"为民除害"的案例中，行为人实施杀人行为时，都是出于为民除害、为社会除害的善良动机。在案发后交待自己罪行时，行为人往往一方面承认自己杀人是违法的，因为法律不允许他杀人，但同时又坚决认为自己的杀人行为是为民除害，当然是有益于社会的。行为人的这种交待，应该说是符合其行为当时的心理实际的。而对这种"大义灭亲"、"为民除害"的杀人行为，理论界和实务部门均认为应当以犯罪论处。这说明，对于没有认识到行为的社会危害性但认识到了违法性的情形，同样应当按故意犯罪处理。因此，以行为人是否具有社会危害意识来判断其是否能构成故意犯罪，不能贯穿于刑事司法始终。这说明通说观点存在缺陷。

通说的缺陷源于对违法意识和社会危害意识的关系存在误解。持通说的学者认为，违法意识无非是社会危害意识的法律形式；行为人若有违法意识，必然具有社会危害意识。[①] 我们认为，二者并不存在这种关系，因为：所有关于行为危害社会的评价，都含有从道义上谴责的成分在内，而关于行为违法的评价，虽然多数也包含从道义上谴责的成分，但也有一部分不含这种成分。因为道德有其自身发展规律，并不会随着法律的变化而立即发生变化。当立法者出于某种考虑将某种行为定为违法，而社会大众并不认为这种行为违背道德时，便会出现法律评价和道德评价发生冲突甚至对立的情形，如对除暴安良、劫富济贫的行为，法律评价和道德评价便存在这种冲突。可见，法律评价和道德评价是两种不同的评价标准，违法意识并不是社会危害意识的表现形式。之所以对存在违法性认识和社会危害性认识的行为人的行为都应当谴责，是因为只要具有这两种认识其中一种，便说明行为人具有主观恶性，亦即存在谴责的主观基础。

（3）主张犯罪故意的认识内容中仅应包括违法性认识的观点矫枉过正，亦不足全取。在认定行为人认识到了构成故意犯罪必备的诸项构成要件事实，并且具有违法意识的情况下，无疑可以认定其具有犯罪故意。而且，违法性认识确实较

---

① 参见姜伟：《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社 1992 年版，第 145—146 页。

社会危害性认识存在着较易判断、评价的优点。但问题是，现代社会法律规范纷繁复杂，且不说在法律知识普及情况很不如人意的我国，广泛存在行为人认识到自己的行为有害于社会，却不知自己的行为为法律所禁止的情况，即便是在公民的法律意识整体水平较高的西方国家，也都存在着相当多的人仅知行为有害但不知违法的情况，这从西方国家刑法理论界围绕违法性认识是否为故意认识内容而展开的激烈争论上就可见一斑。如果有社会危害性认识的人都具有违法性认识，如果违法性认识的有无容易判断，这种争论何至于如此激烈而长久？因此，如果根据犯罪故意的认识内容中必须而且只应包括违法性认识的观点，无疑为某些故意实施危害社会行为的人借口不知行为违法从而逃避刑罚制裁提供了很好的机会，也势必给司法机关证明犯罪带来很多困难，从而不可避免地会放纵许多本应该而且本可以予以惩罚的犯罪。例如，在我国农村甚至不少城市，遗弃家庭成员或者将子女或老人虐待致死的现象时有发生，而行为人往往都是平常不学法、不懂法的人，等到事发后才知道自己行为违法犯罪。如果对这些人一概不能以遗弃罪或者虐待罪追究刑事责任，显然令人无法接受，也十分不利于保护家庭成员的正当合法权益。因此，这种观点至少在我国当前行不通，因而并不可取。

综上所述，笔者认为，上述几种观点均不同程度地存在着一些缺陷，因而不应得到支持。我们的观点是，既然只要行为人具有社会危害性认识和违法性认识其中一项，便具备了对危害行为进行制裁的主观基础，而行为人有社会危害性认识不一定有违法性认识，有违法性认识也不一定有社会危害性认识，那么，在关于构成要件事实的评价性认识中，行为人只要具有社会危害性认识和违法性认识其中一项，便可认定其具有犯罪故意。亦即：社会危害性认识和违法性认识都不是故意犯罪行为人必须具备的认识内容。当行为人认识到了其行为的违法性时，便无须再认识到行为的社会危害性；当行为人认识到了其行为的社会危害性时，也无须再认识到行为的违法性。当然，在多数情况下，行为人实际上都是既认识到了行为的违法性，又认识到了行为的社会危害性。

就非法行医罪而言，如果行为人已经认识到其未取得医生执业资格而行医行为的非法性，当然就具备了构成非法行医罪的主观方面要件。如果行为人在完全由于卫生行政部门失误而领取了医疗机构执业许可证，并因此而认为自己属合法行医的情况下，通常也无法认识到其持证行医行为的社会危害性，因而由于既无社会危害性认识，也无违法性认识，不应当以故意犯罪追究行为人的刑事责任，当然也不能以非法行医罪追究其刑事责任。但是，如果有充分证据证明行为人既认识到了他不具备医生执业资格，又认识到了其行为的社会危害性，那么，即使他辩解自己没有认识到行为的违法性，仍可以以非法行医罪追究其刑事责任。因

此，本案被告人章俊理虽然由于一直认为自己已经取得医生执业资格，又是在领取医疗机构执业许可证的情况下行医，不可能会认为自己的行为违法，因而不可能存在违法性认识，但认定其不具备非法行医罪主观要件的关键，并不在于其不存在违法性认识，而在于他不可能存在自己不具备医生执业资格的认识。

七、非法行医罪客观方面的认定

（一）领取医疗机构执业许可证后行医[①]是否还可能属于非法行医

取得医生执业资格的人领取了医疗机构执业许可证行医当然不存在构成非法行医罪的可能，因而不是这里探讨的内容。笔者所要探讨的是，当行为人不具备医生执业资格却又领取了医疗机构执业许可证行医时，他究竟是非法行医还是合法行医？因为本案第一被告人章俊理就是被两审法院认定为未取得医生执业资格，客观上却又领取了医疗机构执业许可证行医。行医活动的非法性是构成非法行医罪在客观方面必须具备的条件，如果领取了医疗机构执业许可证行医一概属于合法行医，那么，仅凭章俊理是有证行医这一事实，就足以推翻两审判决结论了。对此问题，存在三种不同观点。第一种观点认为，对主体资格合法性进行审查，只能进行形式要件的审查，而不应对他究竟是否具备执业资格进行实体审查。言下之意是，只要行为人是在领取了卫生行政部门颁发的执业许可证的情况下行医，便应视为合法，即便因为采用虚构事实、隐瞒真相等不正当手段取得该许可证，其法律后果也只能导致该许可证的吊销，在正式吊销以前，该执照仍应视为有效。因此，只要行为人领取了医疗机构执业许可证，就不属于非法行医，其行为当然不可能构成非法行医罪。[②] 第二种观点认为，行为人有无执业许可证，对非法行医罪是否成立没有影响。[③] 亦即只要行为人实质上不具备医生执业资格，即使领取了医疗机构执业许可证，也是非法行医。第三种观点认为，医疗机构执业许可证是否有效，必须看获得该证的手段是否正当，如果是采取不正当的手段获取该证件，就应当认定证件无效。[④] 按照这种观点，如果行为人是通过正当手段领取的医疗机构执业许可证，就应当认定其证件有效，也就应当认定其行医行为合法。

---

① 这里的行医是指按照医疗机构执业许可证所规定的执业地点、执业类别、执业范围，从事相应的医疗、预防、保健业务。

② 参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社 2001 年版，406 页。

③ 参见朗秋：《非法行医罪“医生执业资格”的审查方式——“德国牙医”章俊理的医生执业资格的剖析》，载《江西律师》2000 年第 4 期。

④ 参见王工、张赞宁主编：《非法行医罪与“三章”系列案》，东南大学出版社 2003 年版，第 22 页。

在探讨医疗机构执业许可证与行医行为法律性质的关系之前，应当先澄清以下一个问题，即医疗机构执业许可证与医生执业资格是两个不同的概念，领取了医疗机构执业许可证并不意味着具备了医生执业资格，没有领取医疗机构执业许可证也不表明行为人不具备医生执业资格。这一点笔者在前文已经详细加以论述。因此，不能将医疗机构执业许可证的有无与医生执业资格的有无联系在一起，有证行医和无证行医只会对行为人的主观心态和行为性质发生影响。

那么，在行为人未取得医生执业资格的情况下，有证行医对其医疗行为的性质究竟会产生怎样的影响呢？对这一问题，目前尚无具有法律效力的规范性文件作出规定。笔者认为，对这一问题的处理受价值取向的影响，即我们究竟是以维护国家行政机关的信誉和行政行为的严肃性、稳定性为首要价值追求，还是以惩治弄虚作假行为为首选价值追求。如果我们更注重维护国家行政机关的信誉和行政行为的严肃性、稳定性，那么，一旦卫生行政管理部门向某人颁发了医疗机构执业许可证，就应当认定其持照行医行为具有当然的有效性和合法性，也就不能以非法行医罪追究行为人的刑事责任；如果我们以惩治弄虚作假行为为首选价值追求，那么，即使行为人领取了医疗机构执业许可证行医，也可以因为其实质上不具备医生执业资格而认定执业许可证无效，其持照行医并不当然属于合法行医。后一种价值选择应当说也有其理由：卫生行政部门颁发医疗机构执业许可证的行为作为一种行政法律行为，虽然在通常情况下其相应的法律效力是使行政相对人获得了合法地从事医疗活动的权利，但如果这种行政法律行为是在行政机关受到行政相对人的欺骗的情况下作出的，或者是在行政机关工作人员与行政相对人恶意串通的情况下违法作出的，则由于该行政法律行为的受益人是该行政行为的相对人，没有理由对通过恶意欺诈或者蓄意违法所获得的利益加以认可或者保护，因而应当认定该行政法律行为自始无效。但是，笔者更倾向于以维护国家行政机关的信誉和行政行为的严肃性和稳定性为重。

（1）认定不具备医生执业资格者在领取了医疗机构执业许可证后的行医行为自始无效，会引发社会关系的混乱，浪费人力物力资源。行政许可行为一旦作出，必然导致申请人客观上取得相应的身份和权利，并基于这种身份和授权实施一系列行为，产生一系列法律关系。一旦事后宣布行政机关授予的身份自始无效，被许可方基于这种身份而实施的一切行为便随之变得无效和非法，需要进行清理。这势必导致相应法律关系发生混乱，要重新梳理这些关系将浪费大量的社会资源，而且只要行为人取得身份后，没有利用身份实施危害社会的行为，这种对既有关系的重新梳理基本没有价值，而一旦行为人利用身份实施了危害社会的行为，完全可以以行为人属于具有这种身份的人来追究其法律责任，不但责任更

加明确，处理起来也更加简单。可见，认定不具备医生执业资格的行为人在领取了医疗机构执业许可证后的行医行为自始无效，不但会引发社会关系的混乱，而且从经济的角度而言也是得不偿失。

（2）认定不具备医生执业资格者在领取了医疗机构执业许可证后的行医行为自始无效，有损于有关国家卫生行政管理部门的威信及其行政行为的严肃性和权威性。这种行政许可行为是以行政机关的名义作出的，在程序上完全合法，理应产生相应的法律效力。获得相应身份者必然会以这种身份与其他单位或者个人展开交往，其他单位和个人也必然会基于对国家行政机关的信任而与取得这种身份的人发生业务往来。如果事后撤销完全是根据法定程序作出的行政行为，致使相关人员基于对卫生行政机关的信任而作出的行为归于无效，甚至给自己带来不良后果，无论基于何种原因；对行政机关而言，都属于自食其言、失信于人的行为，势必都会损害国家行政机关行政行为的严肃性和权威性，损害国家行政机关的信誉。

（3）在司法实务中，对类似情况中行为人的身份作认定处理的情况不在少数。例如，不符合入伍条件，通过弄虚作假、贿赂负责征兵工作人员等非法手段而入伍的士兵逃离部队，情节严重的，同样以逃离部队罪论处，并不会因为其实质上不符合服兵役条件而认定其不属于军人。又如，对于通过弄虚作假手段骗得政府部门领导职务的人员贪污、受贿的，同样以贪污罪、受贿罪论处，并不会因为其实质上不具备担任政府部门领导职务的条件而认定其不属于国家工作人员。如果对上述情形不以行为人具有相应的合法身份进行处理，不但在适用法律上陷入困境，对行为人以有关身份实施的非违法犯罪行为的性质也不好定性和清理。

综上所述，认定不具备医生执业资格者在领取了医疗机构执业许可证后的行医行为自始无效，属于非法，从整体上看弊大于利。从合理性的角度而言，本案第一被告人章俊理只要是在领取医疗机构执业许可证的情况下开展行医活动，就应当认定他属于合法行医，也就不能以非法行医罪追究其刑事责任。

（二）对跨越 1997 年刑法施行日期的非法行医活动的法律适用问题

本案被告人章俊理的医疗活动从 1988 年持续到 1998 年，跨越了 1997 年刑法的施行日期。如果认定章俊理的医疗活动属于非法行医，对他 1997 年 10 月 1 日之前的行为和之后的行为应当如何适用刑法呢？这里涉及对跨越 1997 年刑法施行日期的非法行医活动的法律适用问题。对跨越 1997 年刑法施行日期的非法行医活动如何处理，既涉及刑法溯及力的问题，也涉及如何处理跨越 1997 年刑法施行日期的继续犯、连续犯或同种数罪，是一个值得并且需要认真探讨的问题。

从本案一、二审法院的判决来看，有关办案人员似乎将非法行医罪归入了继续犯或称持续犯的范围。[①] 但笔者认为，非法行医罪并不属于继续犯。

（1）非法行医罪通常不是由一个行为构成，而是由反复实施的多个非法行医行为构成，不符合继续犯行为单一性的要求。根据刑法理论通说，继续犯是指犯罪行为自着手实行之时直至其构成既遂、且通常在既遂之后至犯罪行为终了的一定时间内，该犯罪行为及其所引起的不法状态同时处于持续过程中的犯罪形态。这说明，作为继续犯，其犯罪行为从着手实行到实行终了，中间是不间断的，并且仅此一个危害行为。[②] 而非法行医活动虽然往往会持续较长一段时间，但在这段时间内，是多个非法行医行为反复进行，而不是一个行为夜以继日地进行，显然不符合继续犯行为单一性的要求。

（2）非法行医罪的危害行为通常是针对多个犯罪对象而实施，不符合继续犯的危害行为必须作用于同一或者相同犯罪对象的要求。非法行医者通常是今天给这些人看病，明天给另外一些人诊疗，其危害行为所作用的对象是不同的，而继续犯的危害行为必须是持续地作用于同一或者相同犯罪对象[③]，或者说持续地侵犯同一或者相同犯罪客体。非法行医罪显然不具有继续犯的这一特点。既然非法行医罪不属于继续犯，那么，就只能按照从旧兼从轻的原则，对修订刑法施行前的非法行医行为进行处理。由于刑法修订前没有非法行医罪，因此，除非非法行医行为触犯了当时刑法规定的其他罪名，否则不得对刑法修订前的非法行医行为进行刑事追诉。本案中，被告人章俊理的行为即使被认定为非法行医行为，充其量也只能考虑其个别行为是否构成其他犯罪，而决不能对其所有非法行医行为都进行追诉。

然而，本案一审判决却认为：非法行医罪“在修订前的刑法中虽未作规定，但不能以此判定被告人在新刑法生效之前的行医行为不构成非法行医罪，因为只要符合修订前刑法的犯罪构成四要素，即构成犯罪。且章俊理等被告人非法行医的犯罪行为是持续的，犯罪行为与不法状态没有间断，是一连续的犯罪行为，应适用行为终了时的法律，即适用新刑法的非法行医罪，对本案发生在 1997 年 10 月 1 日以前的非法行医行为应一并追诉”。[④] 并据此在量刑幅度内对章俊理判处了

---

① 参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社 2001 年版，第 431 页；王工、张赞宁主编：《非法行医罪与“三章”系列案》，东南大学出版社 2003 年版，第 22—23 页。

② 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 264 页。

③ 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》（上册），中国人民大学出版社 1998 年版，第 258 页。

④ 参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社 2001 年版，第 431 页。

几乎最重的刑罚。二审判决也认为："自 1989 年以来……章俊理及其诊所一直处于非法行医状态，并持续至案发，中间没有间断。……该犯罪行为开始于新刑法施行以前，继续到新刑法生效以后才结束，应当作为新刑法生效之后发生的犯罪对待，适用新刑法对本案发生于 1997 年 10 月 1 日以前的行为一并追究。同时，1979 年《刑法》虽未对非法行医罪作明确规定，但对非法经营一类行为对社会造成危害的，有明确的罪名予以处罚。故可按《刑法》第 89 条之规定，对章俊理发生于 1997 年 10 月 1 日以前的非法行医行为一并追究"。①

两级法院的上述判决结论及理由，明显违反了《刑法》第 12 条第 1 款的规定和最高人民检察院的有关新旧刑法适用之司法解释，是严重的违法错判。

《刑法》第 12 条第 1 款规定："中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照修订刑法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法"。对于发生在 1997 年 10 月 1 日以前且 1997 年 10 月 1 日以后尚未处理或正在处理的行为如何适用法律，最高人民检察院 1997 年 10 月 6 日《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》第 3 条规定："如果当时的法律不认为是犯罪，修订刑法认为是犯罪的，适用当时的法律"。根据刑法的上述规定和最高人民法院的上述司法解释，对于 1997 年 10 月 1 日以前施行的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，即使修订刑法认为是犯罪，也不能以此为理由而追究行为人当时之行为的刑事责任。这是我国刑法对溯及力问题所采取的从旧兼从轻原则的最基本的要求。

一审判决所认定的所谓被告人章俊理非法行医的行为，在修订前的刑法中未作规定，也未被修订前的刑法的任何罪名所包括。这表明，被告人章俊理在 1997 年 10 月 1 日以前实施的行医行为即使是非法的，也不可能构成非法行医罪，除非这些非法行医行为实质上构成了其他犯罪，否则不得被追诉。而本案中的所谓非法行医行为除了被一审法院错误地认定构成故意伤害罪的 3 例外，均不构成其他犯罪，因此，被告人章俊理 1997 年 10 月 1 日以前的所有行医行为，无论如何都不应以非法行医罪进行追究。可是一审判决却认为，不能以非法行医罪在修订前的刑法中未作规定为理由判定被告人不构成非法行医罪，理由是"只要符合修订前刑法的犯罪构成四要素，即构成犯罪"。这一判决理由显属逻辑混乱，根

① 参见王工、张赞宁主编：《非法行医罪与"三章"系列案》，东南大学出版社 2003 年版，第 22—23 页。

本无法成立。犯罪构成是指刑法所规定的决定某种行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必须具备的主客观要件的有机统一。具体罪的犯罪构成要件必须是刑法分则所规定的。既然修订前的刑法根本没有规定非法行医罪，而且被告人章俊理在 1997 年 10 月 1 日以前的行医行为，除了仅有的被一审判决认定为构成故意伤害罪的 3 例外，其余的根本不构成任何其他犯罪，那么，所谓符合修订前刑法的犯罪构成四要素之说法也就成为无本之木，根本无从谈起。可见，这一判决理由直接违背了《刑法》第 12 条第 1 款以及最高人民检察院《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》第 3 条关于新旧刑法适用的规定。

二审判决理由在逻辑上同样是混乱的。该判决在否定了章俊理的行为又构成故意伤害罪以后，一方面说 1997 年 10 月 1 日以前的非法行医行为也构成犯罪，一方面又无法说明究竟构成何种罪。实际上，非法行医行为在 1997 年《刑法》实施以前，是根本不能作为犯罪来处理的。理由是：①1979 年《刑法》中没有任何关于非法行医行为构成犯罪的规定，因而对 1997 年 10 月 1 日以前的非法行医行为定罪没有法律依据。②按照二审的上述判决理由，似乎应将非法行医行为归入 1979 年《刑法》的投机倒把罪中，然而各种关于投机倒把的司法解释和行政法规从没有把非法行医行为列为投机倒把的表现形式。同时，将非法行医认定为非法经营类的投机倒把罪而归入经济犯罪之中，也是明显错误的：因为投机倒把罪侵犯的客体是社会主义经济管理秩序，而非法行医罪侵犯的客体却是公共卫生管理秩序，二者性质完全不同。可见，从司法解释和有关法规的规定以及从法理上看，均不能将 1997 年 10 月 1 日以前的非法行医行为按投机倒把罪或其他经济犯罪处理。③在 1980—1996 年 17 年间，共计 93 件由最高人民法院核准的类推定罪案例中，没有一例是对非法行医行为以类推定罪的。而且即使有，也仅对个案具有约束力，对以后的类似甚至相同行为也不具有法律效力。

由上可知，对 1997 年 10 月 1 日以前的非法行医行为要以非法行医罪或其他罪论处，在 1997 年 10 月 1 日之前只能采用个案类推的方式。而最高人民法院早已明令 1997 年《刑法》施行后，不得再对 1997 年 10 月 1 日以前的行为采用类推方法定罪。因此，即使章俊理 1997 年 10 月 1 日以前的行医行为确实属于非法行医，也决不能认定其构成犯罪，当然也不得追究刑事责任。

可见，两级法院对被告人章俊理 1997 年 10 月 1 日以前的行医行为也以非法行医罪追究刑事责任，无疑是错上加错。

即便如二审判决那样将非法行医罪认定为继续犯，对 1997 年 10 月 1 日以前的非法行医行为进行追诉也是错误的。

对于跨越1997年刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何适用刑法，最高人民检察院1998年12月2日《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》明确规定，对于开始于1997年9月30日以前，继续到1997年10月1日以后的行为，如果原刑法和修订刑法都认为是犯罪并且应当追诉，应当适用修订刑法，一并进行追诉。对于开始于1997年9月30日以前，连续到1997年10月1日以后的行为，如果原刑法和修订刑法都认为是犯罪并且应当追诉；或者在1997年10月1日前后分别实施同种类数罪，其中罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的，应当适用修订刑法，一并进行追诉；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，也应当适用修订刑法，一并进行追诉，但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定刑较重的，在提出公诉时应当提出酌情从轻处理意见。因此，即便非法行医罪属于继续犯，要正确处理跨越1997年《刑法》施行日期的非法行医活动，也首先必须弄清原刑法是否规定了未取得医生执业资格的人非法行医构成犯罪。如果原刑法也认为构成犯罪，自然应当对1997年10月1日前后实施的非法行医行为一并按非法行医罪予以追诉；如果原刑法不认为是犯罪，那么只能按照从旧兼从轻的解决刑法溯及力问题的原则，对1997年10月1日以前的非法行医行为不得认为是犯罪，当然也无从谈及追究刑事责任。如前所述，1997年10月1日以前没有任何刑事法律规定非法行医情节严重构成犯罪，因此，同样不能追究行为人非法行医行为的刑事责任。

综上所述，根据刑法以及最高人民检察院的有关司法解释，无论非法行医罪是否属于继续犯：①对于1997年《刑法》施行以前的非法行医行为，如果其中某些单个行为由于造成了严重后果，因而单独构成其他犯罪，则应当对这些行为单独定罪处罚，但不能对所有非法行医行为都进行追究。至于是适用修订刑法进行处罚，还是适用原刑法进行处罚，笔者认为，如果行为人在1997年《刑法》施行以后的非法行医行为也已构成犯罪，那么根据最高人民检察院的有关司法解释，应当适用修订刑法，以非法行医罪定罪处罚，因为行为人这时实际上是犯了跨越修订刑法施行日期的同种数罪，只不过罪名发生了变化；如果行为人在1997年《刑法》施行以后的非法行医行为不构成犯罪，则应按照从旧兼从轻的解决刑法溯及力问题的原则，选择适用相应刑法。②对于没有触犯其他罪名的1997年10月1日以前实施的非法行医行为，即使反复进行到1997年10月1日以后，也只能对1997年10月1日以后的非法行医行为追究刑事责任，而不能追究此前的非法行医行为的刑事责任。因此，对本案章俊理发生在1997年10月1日以前的医疗活动，即使认定为非法行医行为，也决不能以非法行医罪进行追

诉，又由于其有关行为没有触犯其他罪名，其1997年10月1日以前的医疗活动无论是否属于非法行医，都不构成任何犯罪。

（三）行为人在非法行医过程中是否可能构成故意伤害罪

本案一审判决除了认定章俊理构成非法行医罪以外，还认定章俊理等人构成直接故意的伤害罪。二审法院则撤销了一审法院关于章俊理等人构成故意伤害罪的判决。由此产生一个问题：行为人在非法行医过程中是否可能构成故意伤害罪呢？

对这一问题，笔者认为应当分为以下两种情况进行探讨。

1. 行为人在非法行医过程中从事业务活动时，不可能构成直接故意的伤害罪。构成直接故意的伤害罪，必须具备两个要件：一是行为人主观上必须是出于某种动机而积极追求伤害结果的发生，即行为人不但必须具有希望伤害他人身体健康的故意，而且必须具有伤害他人身体健康的目的和动机；二是行为人在伤害他人意图的支配下实施了积极伤害他人健康的行为，而且往往造成了伤害他人健康的危害结果。行为人从事非法行医活动的目的和动机决定了他的业务行为不可能构成直接故意的伤害罪。这是因为，行为人从事非法行医活动的目的和动机均是为了追求经济利益，而直接故意的伤害罪的犯罪目的是伤害他人身体健康，两种目的在非法行医活动中是相互冲突，无法共存的。除非行为人与接受诊疗者之间存在仇隙，或者是以行医之名，行骗取他人财物之实，否则，在追求经济利益的动机驱使下实施的以追逐经济利益为目的的非法行医行为不可能演变为以伤害他人身体健康为目的的直接故意的伤害行为。而一旦发生了这种变化，行为人的行为就不能再称作义务行为，而只能称为在报复动机驱使下的直接故意伤害行为或谋财害人行为。因此，在非法行医过程中的业务行为不可能构成直接故意的伤害罪。反观章俊理案，章俊理是在固定的牙科诊所正式开业行医，且与前来接受诊疗者不存在任何仇隙，因而既不可能报复害人，也不可能为图财而积极追求伤害他人身体健康的结果发生，因而不能构成直接故意的伤害罪。

在此必须着重指出的是，对于医疗过程中的某一阶段存在的形似直接故意伤害患者的医疗行为，切不可孤立看待和评价，而应当置于整个医疗活动中进行分析判断，否则便极有可能对行为错误定性。比如对患者实施剖腹手术，就不能孤立地看待和评价剖开患者腹部的行为，而必须将该行为置于整个手术中进行评价。如果孤立地看待和评价剖开患者腹部的行为，则该行为成了典型的故意伤害甚至故意杀人行为，这显然是错误的。这一问题看似简单明了，在司法实务中却往往出错。例如，在章俊理案中，一审的司法机关便犯了孤立地看待和评价章俊理为患者拔牙、锯牙行为的错误，把该行为与随后的为患者镶牙、补牙等行为割裂开来，这样做所导致的结果便是认定章俊理的拔牙、锯牙行为构成了直接故意

的伤害罪。这就如同将剖腹手术中剖开患者腹部的行为视为直接故意的伤害行为，其荒唐之处显而易见。产生这种错判的原因，除了司法人员犯了孤立、片面地看问题的形而上学的错误外，另一个原因就是司法人员被某些现象所迷惑，比如被治疗后果所迷惑。当治疗后果良好或者正常时，他们便没有想到要将手术过程中的这些行为单独抽取出来进行评价，而一旦治疗后果不理想或治疗失败，他们便开始考虑将这些行为进行单独评价了，却没有想到即使是失败的手术，其性质也仍然是医疗手术，岂能因此而将医疗手术中的一个步骤视为一个直接故意的伤害犯罪？南昌市中级人民法院在二审中则充分认识到了这一问题，因而在二审判决中指出，一审判决将章俊理等人非法行医所造成的后果又认定为是被告人的故意伤害行为所致不妥，并撤销了一审判决中有关章俊理等人构成直接故意伤害罪的判决，这无疑是正确的。

2. 行为人在非法行医过程中的业务行为有可能构成间接故意的伤害罪，但必须十分慎重判断。笔者认为，在非法行医过程中，行为人虽然不可能构成直接故意的伤害罪，但可能构成间接故意的伤害罪。这是因为，行为人在追逐经济利益的动机驱使下，可能对那些自己毫无把握的手术，也铤而走险去做。在这种情况下，行为人对患者的身体健康甚至生命安全可能受到损害的结果的发生，采取的是一种听之任之的放任心态，如果患者的身体健康和生命果真因手术失败而受到损害或者丧失，则可以考虑以间接故意的伤害罪或间接故意的杀人罪追究行为人的刑事责任。但应当十分慎重地下判。具体而言，在以间接故意伤害罪追究非法行医者的刑事责任时，应当严格注意以下两个方面的问题：

（1）必须确认行为人对危害结果的发生所持的是放任心态。这里涉及的实际上是如何区分间接故意和过于自信的过失的问题。根据我国刑法理论的通说，认定行为人对危害结果持放任心态，应当同时具备以下三项条件：①行为人的医疗技术水平低劣。即行为人根本没有成功实施某项手术的把握，却实施该项手术。②所用医疗设备的落后。即使用的医疗设备落后，根本不适合用来实施某项手术，行为人却用这种医疗设备实施该项手术。③手术准备工作粗糙。如果行为人同时存在以上三个方面的问题，则他已经没有任何轻信危害结果不会发生的实际根据，因而应当认定他对危害结果的发生所持的是一种放任心态，否则一般不宜得出该结论。

（2）必须是在无法以非法行医罪追究行为人的刑事责任时，才宜于考虑以间接故意伤害罪追究其刑事责任。这是因为：①如果能够以非法行医罪追究行为人的刑事责任，则只需并且应当将其间接故意致人受伤的后果视为非法行医情节严重或者严重损害就诊人身体健康的表现形式之一，置于非法行医罪中加以评价，这样才能对行为人的非法行医活动进行完整评价。如果将行为人在非法行医过程

中间接故意致人受伤的后果抽取出来单独以间接故意伤害罪处理，等于将一个可以而且应当作为整体来考查和评价的事物人为割裂后再去认识，显然是不合适的。②比较故意伤害罪和非法行医罪的法定刑，可以看到非法行医罪中的情节严重和严重损害就诊人身体健康完全可以包含间接故意致人受伤甚至重伤的情形，因而无须单独以间接故意伤害罪追究非法行医者的刑事责任。

在章俊理案中，章俊理早在 1988 年就被江西省人民医院职称评审委员会评审为口腔技士职称，此后一直从事牙科诊疗活动，具有丰富的牙科临床经验和较高的医疗技术水平，同时，他还投入近千万元的巨资用于购买国外先进的牙科医疗设备和其他医疗设施建设。根据这些事实和上述法理分析，笔者认为不能得出章俊理对前来他诊所就诊的患者身体健康受到损害的结果抱有放任心态，因而章俊理也根本不可能构成间接故意伤害罪。

在此需要指出的是，在确认行为人的诊疗活动是否给就诊人身体健康造成了严重损害时，必须严格按照有关法医鉴定程序，依法进行严格鉴定，并确认就诊人身体健康所受损害是由行为人的诊疗行为所致，才能追究行为人的刑事责任。决不能只凭就诊人身体健康受到了损害的事实就追究行为人的刑事责任，因为损害结果可能是由行为人诊疗行为之外的其他原因导致的，在确认诊疗行为和损害结果之间存在因果关系之前，不能要求行为人对损害结果承担责任。章俊理案中有关司法机关在处理这方面问题时便存在严重不当，主要表现在：法医鉴定草率，只看鉴定时患者牙齿的现状而不查明导致现状的原因。这显然是极为不妥的，特别是对那些就诊时间在五六年甚至八九年以前的患者而言，仅以他们牙齿的现状来认定章俊理的诊疗行为对他们牙齿造成的损害，对章俊理来说显然是不公正的，因为在如此长的时间内，即便是因对牙齿保养不当而产生病变，也会导致牙齿健康严重受损，更不用说患者在此期间还可能又到其他诊所去就诊过，岂能将过了如此长时间后患者牙齿的受损状况完全归咎于章俊理当时的诊疗行为呢？因此，笔者认为，法院在根本未能查证章俊理的诊疗行为和患者牙齿受损后果之间是否存在因果关系的情况下，即判令章俊理对有关患者牙齿的受损现状承担全部刑事和经济赔偿责任，是十分错误的，至少在证据方面是严重不足的。

八、结语

结合对章俊理等人非法行医案的分析论证，笔者对非法行医罪的有关法理问题得出以下结论：

1. “医生执业资格”是“医生资格”和“执业资格”的统一。具体而言，所谓“医生执业资格”，就是指“有关法律、法规或者部门规章所规定的申请从事

医疗、预防、保健等执业活动必须具备的卫生技术职称、医师执业证书、临床工作年限等条件。”“未取得医生执业资格的人”，是指不具备前述法定申请执业条件任何一项或多项的人。医生执业资格不同于《执业医师法》中的执业医师资格，仅取得执业医师资格不能算已取得医生执业资格。医生执业资格是法定申请执业条件而不是法定执业条件，因此，取得医疗机构执业许可证或者在取得医疗机构执业许可证的单位行医不是取得医生执业资格必须具备的条件；已领取医疗机构执业许可证的人也不会必然具有医生执业资格。在判断行为人是否取得医生执业资格时，应当以行为人申请执业时有关部门的规定为标准。当行医期间又有新的涉及医生执业资格的规定发布实施，而按照新的规定，行为人已经不具备医生执业资格时，行为人是否还具有医生执业资格，应当根据有关规定的具体内容和宗旨而定：如果有关新规定指明了关于执业条件的规定仅适用于新申请执业者，那么，有关内容对已经在医疗机构中执业者或者已经在从事个体开业行医者就没有约束力，他们即使不符合新规定的申请执业条件，仍然具备医生执业资格，可以正常执业；如果有关新规定指明关于执业条件的规定不但适用于新申请执业者，而且适用于已经在执业者，那么，已经在执业者如果不符合新规定的申请执业条件，就不再具有医生执业资格，不能再合法执业了。

2. 非法行医罪主观方面表现为直接故意。由于卫生行政管理部门颁发医疗机构执业许可证以申请者具备医生执业资格为前提条件，因此，除非有确凿证据证明行为人在领取了医疗机构执业许可证以后，仍然认识到自己不具备医生执业资格，否则，只要行为人领取了医疗机构执业许可证，就应当推定其认为自己具备了医生执业资格，因而不可能具备构成非法行医罪的主观要件，不能以非法行医罪追究其刑事责任。

3. 当行为人不具备医生执业资格却又领取了医疗机构执业许可证行医时，究竟应当认定其为非法行医还是合法行医，受不同价值追求的影响。从维护国家行政机关的信誉和行政行为的严肃性和稳定性，以及维护社会关系的稳定和经济的角度考虑，应当认定这种情况下的所有持照行医行为都属于合法有效。

4. 根据《刑法》第 12 条第 1 款关于刑法溯及力的规定、最高人民检察院 1997 年 10 月 6 日《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》第 3 条的规定以及最高人民检察院 1998 年 12 月 2 日《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》，无论非法行医罪是否属于继续犯，对于 1997 年刑法施行以前的非法行医行为，都不能从整体上进行刑事追究。如果其中某些单个行为由于造成了严重后果，因而单独构成其他犯罪，则应当对这些行为单独定罪处罚；如果不存在这类情形，

则不能以犯罪论处。

5. 行为人在非法行医过程中从事业务活动时，不可能构成直接故意的伤害罪；行为人在非法行医过程中的业务行为有可能构成间接故意的伤害罪，但必须十分慎重判断。

根据现有证据能够证明的案件事实，通过对章俊理等人非法行医案案情的全面剖析，并结合前述对非法行医罪法理问题的研究结论，可以得出以下结论：

（1）作为一名一开始就取得了医生执业资格，此后一直是持有医疗机构执业许可证开业行医的医务人员，章俊理一直具有医生执业资格。后来各部门颁布的关于个体开业行医的新规定，都与他没有关系。而且，即使按照一、二审法院的观点来判断章俊理的医生执业资格，他从 1992 年下半年到 1995 年 2 月 28 日这 2 年半多的时间内也是具有医生执业资格的。

（2）根据本案已有证据，足以认定被告人章俊理明知自己已经具备医生执业资格。两级法院关于章俊理明知自己不具备医生执业资格的认定缺乏最基本的证据支持，完全违背“证据必须经过查证属实，才能作为定案根据”这一证据采信基本规则，结论明显错误。

（3）章俊理在领取医疗机构执业许可证的情况下开展的行医活动，应当认定为合法行医。

（4）章俊理发生在 1997 年 10 月 1 日以前的医疗活动，即使认定为非法行医行为，也决不能以非法行医罪进行追诉，又由于其有关行为没有触犯其他罪名，因而其 1997 年 10 月 1 日以前的医疗活动无论是否属于非法行医，都不构成犯罪。

（5）章俊理的诊疗行为不可能构成直接故意的伤害犯罪；根据已经查证属实的事实，也不能得出章俊理对前来他诊所就诊的患者身体健康受到损害的结果抱有放任心态，因而章俊理也根本不可能构成间接故意伤害罪。

总而言之，作为构成非法行医罪所必须同时具备的主体要件、主观方面要件、客观方面要件，本案第一被告人章俊理连一个方面的要件都不齐备，两审法院认定他构成非法行医罪，实际上是对三个方面事实的认定同时出现错误，判决结论的错误也就一目了然了。至于对章俊理 1997 年 10 月 1 日以前的医疗行为也以非法行医罪论处，则更是错上加错了。

（撰稿人　赵秉志*　左坚卫**）

* 北京师范大学刑事法律科学研究院院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士。

附录一：

南昌市西湖区人民法院刑事附带民事判决书（节录）

（1999）西刑初字第441号

公诉机关：南昌市西湖区人民检察院

附带民事诉讼原告人顾德兴、吕力、胡耀光等1 154人（名单附后，略）。

被告人章俊理、章君鹏、钱小玲、刘冬生的个人情况及其辩护人（略）。

西湖区人民检察院指控，被告人章俊理自1989年5月至1998年11月，先后在本市开设南昌牙科光固诊所、德国新器材牙科诊所、章俊理牙科诊所（以下统称章俊理牙科诊所）。期间，于1995年6月聘请被告人钱小玲为其诊所医师。为增加诊所收入，被告人章俊理、钱小玲等人对因牙体非龋性疾病、龋齿、牙髓疾病、牙周病、牙体缺损及错胎畸形的就诊患者，扩大治疗范围，以所做人造冠、义齿美观耐用为由，蒙骗和诱导患者做美容矫正手术。在治疗过程中，采取锯冠、磨冠、拔牙的手段，故意伤害患者身体的健康。在此期间，被告人章俊理、钱小玲等人因其故意伤害行为对刘爱珍等26名被害人造成了重伤乙级的后果，对杨丽珍等23名被害人造成了轻伤甲级的后果。

被告人章俊理辩称：

（1）不构成非法行医罪。在诊所开业期间，卫生行政部门发了行医执照，一直是有证行医，行医行为是合法的，并且不能由个人来对错发执照的行政行为承担责任。同时，不存在明知无行医执业资格而非法行医的情况。

（2）不构成故意伤害罪。故意伤害罪的主体是自然人，我是诊所的法定代表人，主体不符。即使构成犯罪，也只能是医疗事故罪。没有伤害他人的故意，不能把扩大收入的故意变成伤害他人的故意。不能把医疗过失行为混同于一般的故意伤害行为。

（3）1999年1月4日至1月6日的供述系公安机关刑讯逼供所致，不能作为定案依据。

（4）只应对医疗过错承担法律责任。

（5）本案不适用精神赔偿。

被告人章俊理的辩护人辩称：

（1）起诉书指控被告人构成非法行医罪的同时，又指控构成故意伤害罪，存在罪名冲突。

（2）关于非法行医罪。①关于章俊理是否具备医生执业资格的问题：a. 章俊理本人有一定的医学知识和牙科医疗技能，他具有技士职称，能够胜任牙科的医疗工作；b. 从法律上看，章俊理具备医生执业资格，因此他的行为不符合非法行医罪所规定的未取得医生执业资格的犯罪主体特征。②关于章俊理的“主治医师”、“主任医师”职称的问题。被告人章俊理所拥有的职称证书不是虚假的，只是无效的，而且是案发后才知无效的，不能证明章俊理是明知自己的职称无效而以虚假的职称非法行医。③关于章俊理牙科诊所的执照问题。至少具备技士职称并有合法的牙科行医执照的情况下，被告人章俊理从事的医疗行为，不应被认为是非法行医。东湖区卫生局在案发后以原职称证书虚假为由收回了章俊理牙科诊所的行医执照，不等于就能确认收回之前的医疗行为是无照经营，行政行为不具有溯及力。④对本案新刑法实施前的行为不应定非法行医罪，新刑法对此无溯及力。

（3）关于故意伤害罪。①本案在受理程序上的问题，应由医疗事故鉴定委员会对是否为医疗事故进行确认，而不应直接由南昌市公安局进行法医鉴定，应在处理程序上严格区别。②起诉书中“正常牙”的概念使用错误。③治疗扩大化问题是违规问题，不是违法问题。④本案只有受损现状，却没有充分的受损前原始记录作参照。⑤本案在故意伤害罪的问题上存在着主、客观归罪的问题。

被告人章君鹏辩称：其不构成非法行医罪。

（1）我不是章俊理牙科诊所总经理，在诊所内没有财产的拥有权及任何具有法定性的权利与利益，也无权直接负责诊所的宏观策划及日常行政管理和处理诊所的纠纷，只是受章俊理委托或以大哥的身份帮助章俊理做一些勤杂事务性的事。

（2）诊所在开业期间取得的行医执照都是合法有效的，不是非法行医。

（3）我没有为章俊理在中国科技人才交流中心获取职称进行活动。

（4）对于省卫生厅发文指出章俊理“主治医师”、“主任医师”职称是无效的事，我不知道。

（5）指控诊所进行虚假广告宣传不属实。

（6）本案赔偿要经医疗事故鉴定委员会鉴定。

被告人章君鹏的辩护人辩称：

（1）章君鹏主观上没有犯罪的故意，即章君鹏不可能“明知章俊理不具备医生执业资格”。①公诉机关缺乏证明章君鹏主观故意的证据。②作为普通公民，章君鹏没有义务对卫生行政机关的具体行政行为的合法性进行审查。

（2）章俊理实质上具备医生执业资格，章君鹏对章俊理以及其诊所的协助行为无可指责，且章俊理牙科诊所1997年4月1日取得的“医疗机构执业许可证”是真实的、合法的。

被告人钱小玲辩称：其不构成故意伤害罪，没有民事赔偿能力。

（1）主观上没有伤害的故意。

（2）我接待以来违反常规的大面积锯牙越来越少，保守治疗增多了，并且从没有故意扩大病情。

（3）初诊就是接待，只是推荐手术不是决定手术方案，手术医生可以更改初诊的治疗项目。

（4）我是诊所的应聘员工，受老板支配推荐手术，自己也是受害者。

被告人钱小玲的辩护人辩称：

（1）根据本案的情况，故意伤害罪和非法行医罪两个罪不能同时成立。

（2）被告人钱小玲没有伤害他人身体健康的主观故意。

（3）对起诉书指控钱小玲参与7起伤害的个案中，有的指控不当，对此她不应承担责任；有的伤害后果与订单无关，最终治疗超出了订单范围，对超出部分她不应承担责任；有的订单适当与否需进行进一步论证；有的订单确有不适当的扩大之处，但这种不适当是由其自身专业知识不足导致的。

被告人刘冬生辩称：

（1）其取得的口腔专业技术毕业证书是国家承认的，可自行开业和上岗。

（2）在诊所同章君鹏签合同交押金时，他并没说我不具备医生资格。

（3）我是严格按照诊所的合同和规章制度在诊所做事。作为临床医生，我是严格按照初诊订单上规定的手术项目进行手术，无权超出订单给病人治疗。

（4）对赔偿是心有余而力不足。

被告人刘冬生的辩护人辩称：刘冬生是有资格去医疗机构进修的，他在章俊理诊所的地位是实习生，一直到案发前都是由导师指导，他在诊所所做的都是在进行再教育，如果有什么错误，也是由他的导师承担。因此，刘冬生在本案中不构成犯罪。

被告人章俊理附带民事诉讼代理人辩称：

（1）人体受到伤害提出民事赔偿的时效，应从受害人被伤害之日起一年内提出民事赔偿，而不是笼统地在1999年11月3日才提起刑事附带民事赔偿。

（2）从民事侵权角度讲，受损害结果与侵权行为之间缺乏直接的因果关系。

（3）诉讼请求中的精神损失缺乏法律依据。

（4）本案是由于故意伤害罪和非法行医罪引起的刑事附带民事赔偿，而非生活消费引起的消费者与提供者之间的纠纷，不适用我国《消费者权益保护法》第49条双倍返还费用的规定。

（5）南昌市中级人民法院法医鉴定中心“法医鉴定书”认定的继续治疗费，不能作为原告的索赔依据。

被告人章君鹏附带民事诉讼代理人辩称：同意章俊理民事诉讼代理人的观点。要求章君鹏承担无限连带责任不符合法律规定，章君鹏不应成为附带民事诉讼被告人，不应承担赔偿责任。

综合控辩双方就事实和证据争议的焦点，本院经审理查明并确认：

被告人章俊理1979年12月在南昌市郊区塘山卫生院工作，1981年年底调入南昌市郊区计划生育办公室转为全民工人编制。1982年3月26日调入江西省人民医院口腔科工作，1988年6月13日经江西省人民医院职称评审委员会评审为“技士”职称，同月停薪留职。

1988年下半年，被告人章俊理停薪留职后，在南昌市西湖区丁家巷46号开设私人牙科诊所，从事补牙镶牙。1989年5月，西湖区卫生局给被告人章俊理颁发南昌地区个体行医执照，开业地点为中山路53号（属东湖区管辖），有效日期至1989年9月。同年9月，章俊理从江西省人民医院调出，其编制挂靠在中国科技人才交流中心南昌分中心。此时，由于西湖区卫生局颁发的个体行医执照即将到期及诊所的开业地址不符，被告人章俊理即向南昌市东湖区卫生局申请，要求换发新的个体行医执照，并向东湖区卫生局提供了江西省人民医院评定的“口腔技士”职称证书。该局经审查认为被告人章俊理仅有“口腔技士”职称证书，不符合卫生部、中医药管理局《医师、中医师个体开业暂行管理办法》及《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》的有关规定，拒绝发证，并将拒绝发证的理由告知了被告人章俊理、章君鹏。后被告人章俊理、章君鹏又多次要求该局发证未果，被告人章俊理仍然伙同章君鹏四处活动，于1990年2月28日取得东湖区卫生局颁发的“南昌地区个体行医执照”。

1990年10月，中国科技人才交流中心副主任江书平来南昌，由南昌分中心主任王瑗琳介绍并察看了章俊理牙科诊所。被告人章俊理、章君鹏向江书平提出要求为章俊理评定一个医师职称，江书平表示同意。被告人章俊理即向中国科技人才交流中心南昌分中心提供了江西省人民医院办公室于1988年5月15日出具的“兹有我院职工章俊理同志在院口腔科口矫专业临床已达十一年之久”及南昌

市郊区计划生育委员会给江西省人民医院的“兹有章俊理同志技术职称为医士”的虚假证明材料，由王瑷琳将这些材料上报中国科技人才交流中心。1991年3月，被告人章俊理被该中心职称评审委员会评定为“主治医师”。1993年1月1日，被告人章俊理以“主治医师”的职称，申报换发“江西省个体行医执业许可证”。1993年1月，被告人章俊理以上述同样途径经中国科技人才交流中心职称评审委员会评审为口腔科“主任医师”。1993年10月，江西省卫生厅发出“关于要求对章俊理牙科诊所有关问题进行查处的通知”，其中明确指出被告人章俊理的“主治医师”、“主任医师”的技术职称是无效的。被告人章俊理、章君鹏得知该情况后，便与王瑷琳、江书平联系，极力证实其“主治医师”、“主任医师”的效力。后获悉不具有效力时，便又要求王瑷琳、江书平将章俊理“主任医师”的职称报卫生部确认，遭到拒绝。1995年2月，江西省卫生厅下发了《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行)》，被告人章俊理明知不符合《实施办法》中个体行医资格的规定，却还继续使用所谓“主任医师”的职称行医，东湖区卫生局为该诊所进行了年检，换发了新证。

1989年5月至1998年11月期间，被告人章俊理、章君鹏为了谋取非法利益，对外扩大宣传，先后在江西广播电视周报、江西电视台“晚间800”、南昌电视台“豫章天地”作大量的“德国牙科”、“国际水准”等内容虚假、名不副实的医疗广告，并且扩大诊所面积，装饰门面，购置进口医疗设备，诱骗广大患者就诊，从中获取巨额利润。被告人章俊理、章君鹏逐步加强了对诊所的内部管理，并且制定了南昌市德国新器材牙科诊所管理的规章制度。如制定“章总职责”，规定全面负责诊所的宏观策划及本所与外界的联系；全面负责本所主要人事安排工作，医生、护理人员的招聘，签订合同、工作分工、人才培养、工资待遇等；全面掌握本所的月收支进展情况，严格保障诊所的利润等。被告人章君鹏先后为诊所招聘刘冬生、黄婷、李剑、李丽琴、唐艳春等30余名人员，并且签订劳务协议、工作合同。被告人章君鹏参与诊所的行政管理，处理各种纠纷。自开业以来，章俊理牙科诊所对1 086名就诊人的身体健康造成了严重损害，造成被害人的经济损失达5 191 127元。

被告人章俊理在其诊所开业期间，为追求非法利润，伙同被告人钱小玲、刘冬生等人，对前往该诊所咨询或就诊的患者，在初诊接待中，夸大患者病情，隐瞒对患者将要采取的治疗方法，蒙骗和诱导患者接受扩大化的治疗项目，并开出违反医疗常规或扩大治疗范围的治疗订单，欺骗患者，擅自在订单上加上“本人要求锯断牙齿”的字样。在治疗过程中，采取对患者正常牙随意开髓、拔髓、锯冠、磨冠等手段，对患者牙齿进行非治疗性、破坏性、扩大化地处置。甚至以免

费检查、清洗为名，在患者不同意或不知情的情况下，擅自伤害患者正常牙。在术后的病历记录中，作虚假、夸大病情的主诉和病史记载。由于其违反医疗常规的操作，于1995年11月至1998年8月直接给患者童梦、月芳、张亚萌、刘新强、顾德兴的身体造成了严重伤害，其中童梦、月芳、张亚萌、刘新强为重伤乙级，顾德兴为轻伤甲级。

1998年8月30日，被害人顾德兴因上颌第1、2磨牙及右上第2双尖牙5颗牙缺失，在其妻子梁玲英等人的陪同下，到被告人章俊理牙科诊所就诊，被告人钱小玲初诊接待后，开具烤瓷铸造上颌切牙、尖牙、双尖牙、磨牙共16颗牙的订单，并以让被告人章俊理给被害人免费检查、清洗为由，将被害人顾德兴带人诊疗室，被告人章俊理接诊后，未经患者同意就擅自对其正常牙打开髓腔、拔髓。此时，被告人钱小玲将开好的订单给正在手术中的顾德兴签字。而后，被告人章俊理又将顾德兴交给被告人刘冬生进行根管治疗。再由邓智强（不诉处理）备牙，将被害人顾德兴上颌切牙、尖牙牙釉质基本磨光，上颌第1双尖牙及左上颌第2双尖牙剩少许牙釉质。收取费用1 500元。经法医鉴定，被害人顾德兴的牙齿咀嚼功能明显受限，损伤程度为轻伤甲级。被害人顾德兴因被伤害遭受经济损失7 950元。

认定上述事实的证据有：

（1）被害人顾德兴的陈述及其诊前照片1张，证明顾德兴就诊过程及受伤害的事实和诊前的牙齿状况；

（2）证人梁玲英当庭证言，证明顾德兴在诊前的牙齿状况；

（3）1998年8月30日的订单和病历，证明章俊理锯断顾德兴正常牙和钱小玲初诊接待、开具订单的事实和收费金额；

（4）法医鉴定书、物证鉴定书、鉴定费发票，证明顾德兴被伤害的后果和遭受的经济损失；

（5）被告人刘冬生、钱小玲的当庭供述，证明顾德兴受伤害的事实。

上列证据，在公诉人当庭出示、宣读后，经被告人辨认和控辩双方质证等法庭调查程序查证属实，证据确凿、充分。

被告人章俊理辩称，没有为顾德兴动手术。经查，被告人刘冬生的供述与被害人顾德兴陈述均证实章俊理参与了手术，并进行了开髓、拔髓，故对其辩解不予采纳。

在审理本案中，控辩双方在定性、适用法律、附带民事赔偿等方面存在以下主要争论焦点，现概述并裁判如下：

（1）辩方认为，被告人章俊理具备医生执业资格，并且被告人章俊理、章君

鹏对“主治医师”、“主任医师”职称的无效性是不明知的，故非法行医罪不能成立。

本院认为，被告人章俊理是否具有医师执业资格，不能以政府发的个体行医许可证来证明被告人具备医生执业资格，对其是否具备医师执业资格，应看其自身行医条件是否符合当时国家卫生行政部门的法规所规定的行医资格。而事实上自1989年9月以来，被告人章俊理既不符合《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》规定的“取得口腔技师（士）职称后，连续从事本专业3年以上者”，以及卫生部、医药管理局《医师、中医师个体开业暂行管理办法》规定的“取得医师资格后，在国家和集体医疗机构连续从事本专业工作3年以上”的条件，也不符合《医疗机构管理条例实施细则》第13条规定的行医条件，本不应具备医生执业资格。此外，证人王瑗琳、江书平、郭全胜的证言均证实被告人章俊理、章君鹏对“主治医师”、“主任医师”职称的无效性是明知的。因此，对辩方的上述意见不予采纳。

（2）公诉机关指控本案有49名被害人被故意伤害，而辩方认为公诉机关指控故意伤害罪的证据不足，被告人章俊理、钱小玲在主观上没有伤害他人的故意，不能将医疗行为中的损害后果推认为故意伤他人所造成的后果。

本院认为，起诉书指控故意伤害49人的事实，除以上认定的5人外，其他44人因证据不足不能认定，理由如下：①因实施具体伤害行为的行为人不能确定而难以认定。章俊理诊所在1995年10月以后才使用病历，实施手术者一般会在病历上签名或写代号。但在此以前，只有订单，实施手术者只是就订单上做了的治疗项目打上圈，并写上“已作”，而订单上“已作”二字又无证据证实是谁书写的，现被告人当庭否认对部分患者做了手术，仅凭被害人陈述认定具体行为人，证据不足。②因第一次订单和病历的缺失，不能客观、完整地反映被害人因治疗遭受伤害时被告人所实施的治疗项目和范围，因这一直接证据的缺失，无法确认伤害行为与危害后果之间的联系。③部分被害人陈述反映，在治疗前明确知道要锯牙并同意治疗项目，因此，不能认定行为人在主观上有直接的伤害故意。④起诉书指控、被害人陈述、法医鉴定书三者之间存在矛盾，事实不清的，不能认定（下略）。

附带民事诉讼原被告双方在关于附带民事赔偿的诉讼时效、精神赔偿、双倍返还赔偿等方面存在重大分歧。并且被告人章俊理、章君鹏及其代理人提出，二被告人不应承担民事赔偿责任。

本院认为，被告人章俊理、章君鹏的犯罪行为对各附带民事诉讼原告人造成

了相应的经济损失，应承担民事赔偿责任。各原告人的经济损失应包含三项，即在章俊理牙科诊所支付的医疗费、鉴定费、继续治疗费。对于双方存在的重大分歧经合议庭进行评议，评判如下：

（1）关于提起附带民事赔偿的诉讼时效。本案的民事赔偿属刑事附带民事赔偿的性质，附带民事赔偿与单纯的民事赔偿在起诉条件、提起时间上的法律规定是有区别的。因本案被告人的犯罪行为尚在追诉期间内，在诉讼时效上不适用《民法通则》的规定，本案附带民事诉讼提起的时间符合刑事诉讼法的规定。因此，对被告人章俊理代理人的第一点代理意见不予采纳。

（2）关于精神赔偿。依据我国刑事诉讼法的规定，精神损失因不同于直接的物质损失，不包括在附带民事赔偿范围内。因此，对原告方关于要求精神损失赔偿的诉讼请求不予支持。被告人章俊理代理人的第三点代理意见与法相符，予以采纳。

（3）关于是否能适用《消费者权益保护法》第 49 条双倍返还费用的规定。附带民事赔偿的范围是指被害人因犯罪行为所造成的直接物质损失，不应适用《消费者权益保护法》。原告方关于双倍返还治疗费的诉讼请求与法不符，不予支持。被告人章俊理代理人的第四点代理意见予以采纳。

此外，因部分附带民事诉讼原告人未就自己的诉讼请求向本院提供治疗订单、鉴定费发票等相关证据，故对这部分原告人的相关诉讼请求不予支持。

综上所述，本院认为，被告人章俊理明知自己不符合卫生行政部门规定的行医条件，却开设个体牙科诊所非法从事医疗活动，致 1 086 名就诊患者的身体健康受到了严重损害，其行为已构成非法行医罪。且被告人章俊理为了追求非法利润，采取蒙骗和诱导的方法，以免费检查、清洗为由，在被害人不同意或根本不知情的情况下，违反医疗常规，对患者牙齿进行扩大化、非治疗性、破坏性地锯冠、磨冠等处置，致重伤乙级 3 人，轻伤甲级 1 人，其行为已构成故意伤害罪。在犯罪过程中起主要作用，系主犯。被告人章君鹏明知被告人章俊理不符合卫生行政部门规定的行医条件，参与办理个体行医许可证，且制定诊所的规章制度，负责管理诊所的日常行政、人事工作并处理诊所的各种纠纷。被告人章君鹏虽未直接从事医疗活动，但因其在诊所所处的突出地位和作用，以及其实施的行为对被告人章俊理顺利实施非法行医活动起着直接帮助和配合作用，并造成了严重后果。因此，其行为已构成

非法行医罪。在犯罪过程中起主要作用，系主犯。被告人钱小玲身为口腔医师，从事过牙科临床，明知被告人章俊理制定和采取的诊疗手段违背医学原理，会给就诊人的身体造成损害，但在被告人章俊理的指使下，在初诊接待中，蒙骗和诱导患者，扩大治疗范围，开具明显超出患者应治患牙范围和违反医疗常规的订单，甚至在患者不知情的情况下，在订单上加上“本人要求锯断”字样，为他人直接实施伤害行为积极创造条件，其行为与被害人的伤害后果之间存在因果关系，致重伤乙级 2 人，轻伤甲级 1 人，其行为已构成故意伤害罪。在共同犯罪中起辅助作用，系从犯。被告人刘冬生身为医学院校口腔系的毕业生，应聘在章俊理牙科诊所从事医疗活动，明知被告人章俊理制定和要求的临床操作手段违背医学原理，会对患者的身体造成严重的伤害，却在章俊理的指使下，采取违背医学原理及常规的扩大化、破坏性、非治疗性的锯牙、磨牙等手段，致重伤乙级 1 人，轻伤甲级 1 人，其行为已构成故意伤害罪。在共同犯罪中起辅助作用，系从犯。本案被告人的犯罪行为给附带民事诉讼原告人造成了相应的经济损失，依法应予以赔偿。

据此，依照《中华人民共和国刑法》第 12 条第 1 款、第 336 条第 1 款、第 234 条第 2 款、第 25 条第 1 款、第 26 条第 1 款、第 4 款、第 27 条、第 36 条第 1 款、第 69 条、第 72 条、第 73 条第 2 款，1979 年《中华人民共和国刑法》第 134 条第 2 款、第 23 条、第 24 条，《中华人民共和国民法通则》第 119 条、第 130 条之规定，判决如下：

一、被告人章俊理犯非法行医罪，判处有期徒刑 9 年零 6 个月，并处罚金 100 万元；犯故意伤害罪，判处有期徒刑 6 年；决定执行有期徒刑 15 年，并处罚金 100 万元（发生法律效力后，15 日之内 1 次性付清，刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 1998 年 11 月 20 日起至 2013 年 11 月 19 日止）。

二、被告人章君鹏犯非法行医罪，判处有期徒刑 9 年，并处罚金 100 万元（发生法律效力后，15 日之内一次性付清，刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 1999 年 1 月 16 日起至 2008 年 1 月 15 日止）。

三、被告人钱小玲犯故意伤害罪，判处有期徒刑 4 年（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 1998 年 11 月 20 日起至 2002 年 11 月 19 日止）。

四、被告人刘冬生犯故意伤害罪，判处有期徒刑 3 年，缓刑 3 年（缓刑考验期自判决确定之日起计算）。

五、被告人章俊理、章君鹏、钱小玲、刘冬生赔偿顾德兴等1 091名附带民事诉讼原告人的经济损失合计5 246 653元（清单附后，略），其中被告人章俊理赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计2 630 459.5元，被告人章君鹏赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计2 595 563元，被告人钱小玲赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计12 755.5元，被告人刘冬生赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计7 875元（上述赔偿款项在判决生效后 15 天内付清）。

六、各被告人对其在共同犯罪行为中给附带民事诉讼原告人所造成的经济损失承担民事连带赔偿责任。

七、驳回董红华等 63 名附带民事诉讼原告人（名单附后，略）的诉讼请求。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起 10 日内，通过本院或者直接向江西省南昌市中级人民法院提起上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本 1 份，副本两份。

审判长：陈××
审判员：肖××
代理审判员：龚××
2000 年 3 月 9 日

注：附件一为1 091人名单；附件二为被驳回诉讼请求的附带民事诉讼原告 63 人名单。名单均略。

附录二：

江西省南昌市中级人民法院刑事附带民事判决书

［2000］洪刑终字第 79 号

公诉机关：南昌市西湖区人民检察院

上诉人（原审附带民事诉讼原告人）顾德兴、吕力、胡耀光等1 154人（名单略）。

诉讼代表人顾德兴，男，1948 年 7 月 8 日出生，汉族，江西省南昌市人，大专文化，系江西拖拉机厂职工，家住（略）。

诉讼代表人吕力，女，1962 年 12 月 12 日出生，汉族，江西省九江市人，大专文化，系九江市封缸酒厂职工，家住（略）。

诉讼代表人胡耀光，男，1954 年 12 月 28 日出生，汉族，江西省南昌市人，大专文化，系南昌市洪安工贸公司干部，家住（略）。

诉讼代理人刘平，江西朗秋律师事务所律师。

诉讼代理人张婵娟，江西朗秋律师事务所律师。

诉讼代理人魏新会，江西朗秋律师事务所律师。

诉讼代理人刘仁根，江西朗秋律师事务所律师。

诉讼代理人李浪，江西朗秋律师事务所律师。

诉讼代理人赵南原，江西朗秋律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）章俊理，男，1957 年 1 月 2 日出生，汉族，江西省南昌县人，高中肄业，原系南昌市章俊理牙科诊所法人代表，家住（略）。因本案于 1998 年 11 月 20 日被刑事拘留，同年 12 月 19 日被逮捕。现押于南昌市第二看守所。

辩护人赵秉志，北京地石律师事务所律师。

辩护人魏友援，江西华兴律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）章君鹏，男，1947 年 4 月 11 日出生，汉族，江西省南昌县人，高中文化，原系南昌市鹏程实业有限公司法人代表，家住（略）。因

本案于1999年1月16日被刑事拘留，同年2月3日被逮捕。现押于南昌市第一看守所，暂押于江西省劳改医院。

辩护人朱庆海，江西华兴律师事务所律师。

辩护人文建宁，江西华兴律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）钱小玲，女，1965年3月3日出生，汉族，江西省武宁县人，中专文化，原系南昌市章俊理牙科诊所医生，家住（略）。因本案于1998年11月20日被刑事拘留，同年12月19日被逮捕。现押于南昌市第二看守所。

辩护人胡问一，江西华兴律师事务所律师。

辩护人燕筱林，江西华兴律师事务所律师。

原审被告人刘冬生，男，1974年11月9日出生，汉族，江西省泰和县人，大专文化，原系南昌市章俊理牙科诊所医生，家住（略）。因本案于1998年11月20日被刑事拘留，同年12月19日被逮捕。现取保候审。

南昌市西湖区人民法院审理南昌市西湖区人民检察院指控原审被告人章俊理、章君鹏、钱小玲、刘冬生犯故意伤害罪、非法行医罪，原审附带民事诉讼原告人顾德兴、吕力、胡耀光等1 154人提起附带民事诉讼一案，于2000年3月9日作出（1999）西刑初字第441号刑事附带民事判决书。原审附带民事诉讼原告人顾德兴、吕力、胡耀光等1 154人及原审被告人章俊理、章君鹏、钱小玲不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷和讯问被告人，听取了辩护人、诉讼代理人的意见，本案现已审理终结。

原审判决认定：被告人章俊理1979年12月在南昌市郊区塘山卫生院工作，1981年年底调入南昌市郊区计划生育办公室转为全民工人编制。1982年3月26日调入江西省人民医院口腔科工作，1988年6月13日经江西省人民医院职称评审委员会评审为“技士”职称，同月停薪留职。1988年下半年在南昌市西湖区丁家巷46号开设私人牙科诊所，从事补牙镶牙。1989年5月，西湖区卫生局给被告人章俊理颁发南昌地区个体行医执照，开业地点为中山路53号（属东湖区管辖），有效日期至1989年9月。同年9月，章俊理从江西省人民医院调出，其编制挂靠在中国科技人才交流中心南昌分中心。此时，由于西湖区卫生局颁发的个体行医执照即将到期及诊所的开业地址不符，被告人章俊理即向南昌市东湖区卫生局申请，要求换发新的个体行医执照，并向东湖区卫生局提供了江西省人民医院评定的“口腔技士”职称证书。该局经审查认为被告人章俊理仅有“口腔技士”职称证书，不符合卫生部、中医药管理局《医师、中医师个体开业暂行管理办法》及《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》的有关规定，拒绝发证，并

将拒绝发证的理由告知了被告人章俊理、章君鹏。后被告人章俊理、章君鹏又多次要求该局发证未果，被告人章俊理仍然伙同章君鹏四处活动，于1990年2月28日取得东湖区卫生局颁发的“南昌地区个体行医执照”。1990年10月，中国科技人才交流中心副主任江书平来南昌，由南昌分中心主任王瑗琳介绍并察看了章俊理牙科诊所。被告人章俊理、章君鹏向江书平提出要求为章俊理评定一个医师职称，江书平表示同意。被告人章俊理即向中国科技人才交流中心南昌分中心提供了江西省人民医院办公室于1988年5月15日出具的“兹有我院职工章俊理同志在院口腔科口矫专业临床已达十一年之久”及南昌市郊区计划生育委员会给江西省人民医院的“兹有章俊理同志技术职称为医士”的虚假证明材料，由王瑗琳将这些材料上报中国科技人才交流中心。1991年3月，被告人章俊理被该中心职称评审委员会评定为“主治医师”。1993年1月1日，被告人章俊理以“主治医师”的职称，申报换发“江西省个体行医执业许可证”。1993年1月，被告人章俊理以上述同样途径经中国科技人才交流中心职称评审委员会评审为口腔科“主任医师”。1993年10月，江西省卫生厅发出“关于要求对章俊理牙科诊所有关问题进行查处的通知”，其中明确指出被告人章俊理的“主治医师”、“主任医师”的技术职称是无效的。被告人章俊理、章君鹏得知该情况后，便与王瑗琳、江书平联系，极力证实其“主治医师”、“主任医师”的效力。后获悉不具有效力时，便又要求王瑗琳、江书平将章俊理“主任医师”的职称报卫生部确认，遭到拒绝。1995年2月，江西省卫生厅下发了《江西省医疗机构管理条例实施办法(暂行)》，被告人章俊理明知不符合《实施办法》中个体行医资格的规定，却还继续使用所谓“主任医师”的职称行医，东湖区卫生局为该诊所进行了年检，换发了新证。

1989年5月至1998年11月期间，被告人章俊理、章君鹏为了谋取非法利益，对外扩大宣传，先后在江西广播电视周报、江西电视台“晚间800”、南昌电视台“豫章天地”作了大量的“德国牙科”、“国际水准”等内容虚假、名不副实的医疗广告，并且扩大诊所面积，装饰门面，购置进口医疗设备，诱骗广大患者就诊，从中获取巨额利润。被告人章俊理、章君鹏逐步加强了对诊所的内部管理，并且制定了南昌市德国新器材牙科诊所管理的规章制度。如制定“章总职责”，规定全面负责诊所的宏观策划及本所与外界的联系；全面负责本所主要人事安排工作，医生、护理人员的招聘，签订合同、工作分工、人才培养、工资待遇等；全面掌握本所的月收支进展情况，严格保障诊所的利润等。被告人章君鹏先后为诊所招聘刘冬生、黄婷、李剑、李丽琴、唐艳春等30余名人员，并且签订劳务协议、工作合同。被告人章君鹏参与诊所的行政管理，处理各种纠纷。自

开业以来，章俊理牙科诊所对1 086名就诊人的身体健康造成了严重损害，造成被害人的经济损失达5 191 127元。

原审判决还认定：被告人章俊理在其诊所开业期间，为追求非法利润，伙同被告人钱小玲、刘冬生等人，对前往该诊所咨询或就诊的患者，在初诊接待中，夸大患者病情，隐瞒对患者将要采取的治疗方法，蒙骗和诱导患者接受扩大化的治疗项目，并开出违反医疗常规或扩大治疗范围的治疗订单，欺骗患者，擅自在订单上加上“本人要求锯断牙齿”的字样。在治疗过程中，采取对患者正常牙随意开髓、拔髓、锯冠、磨冠等手段，对患者牙齿进行非治疗性、破坏性、扩大化地处置。甚至以免费检查、清洗为名，在患者不同意或不知情的情况下，擅自伤害患者正常牙。在术后的病历记录中，作虚假、夸大病情的主诉和病史记载。由于其违反医疗常规的操作，于 1995 年 11 月至 1998 年 8 月直接给患者童梦、月芳、张亚萌、刘新强、顾德兴的身体造成了严重伤害，其中童梦、月芳、张亚萌、刘新强为重伤乙级，顾德兴为轻伤甲级。

原审认定上述事实，有证人证言及相关书证、法医鉴定书、鉴定费发票、病历及订单等证据证实。据此，原审法院认为被告人章俊理明知自己不符合卫生行政部门规定的行医条件，却开设个体牙科诊所非法从事医疗活动，致1 086名就诊患者的身体健康受到了严重损害，其行为已构成非法行医罪；同时，被告人章俊理为了追求非法利润，采取蒙骗和诱导的方法，以免费检查、清洗为由，在被害人不同意或根本不知情的情况下，违反医疗常规，对患者牙齿进行扩大化、非治疗性、破坏性地锯冠、磨冠等处置，致重伤乙级 3 人，轻伤甲级 1 人，其行为已构成故意伤害罪，在犯罪过程中起主要作用，系主犯。被告人章君鹏明知被告人章俊理不符合卫生行政部门规定的行医条件，参与办理个体行医许可证，且制定诊所的规章制度，负责管理诊所的日常行政、人事工作并处理诊所各种纠纷。被告人章君鹏虽未直接从事医疗活动，但因其在诊所所处的突出地位和作用，以及其实施的行为对被告人章俊理顺利实施非法行医活动起着直接帮助和配合作用，并造成了严重后果，其行为已构成非法行医罪，在犯罪过程中起主要作用，系主犯。被告人钱小玲身为口腔医师，从事过牙科临床，明知被告人章俊理制定和采取的诊疗手段违背医学原理，会给就诊人的身体造成损害，但在被告人章俊理的指使下，在初诊接待中，蒙骗和诱导患者，扩大治疗范围，开具明显超出患者应治牙范围和违反医疗常规的订单，甚至在患者不知情的情况下，在订单上加上“本人要求锯断”字样，为他人直接实施伤害行为积极创造条件，其行为与被害人的伤害后果之间存在因果关系，致重伤乙级 2 人，轻伤甲级 1 人，其行为已构成故意伤害罪，在共同犯罪中起辅助作用，系从犯。被告人刘冬生身为医学院

校口腔系的毕业生，应聘在章俊理牙科诊所从事医疗活动，明知被告人章俊理制定和要求的临床操作手段违背医学原理，会对患者的身体造成严重的伤害，却在章俊理的指使下，采取违背医学原理及常规的扩大化、破坏性、非治疗性的锯牙、磨牙等手段，致重伤乙级 1 人，轻伤甲级 1 人，其行为已构成故意伤害罪，在共同犯罪中起辅助作用，系从犯。各被告人的犯罪行为给附带民事诉讼原告人造成了相应的经济损失，依法应予以赔偿。并依照《中华人民共和国刑法》第 12 条第 1 款、第 336 条第 1 款、第 234 条第 2 款、第 25 条第 1 款、第 16 条第 1 款及第 4 款、第 27 条、第 36 条第 1 款、第 69 条、第 72 条、第 73 条第 2 款和 1979 年《中华人民共和国刑法》第 134 条第 2 款、第 23 条、第 24 条及《中华人民共和国民法通则》第 119 条、第 130 条之规定，判决：(1) 被告人章俊理犯非法行医罪，判处有期徒刑 9 年零 6 个月，并处罚金 100 万元；犯故意伤害罪，判处有期徒刑 6 年；决定执行有期徒刑 15 年，并处罚金 100 万元。(2) 被告人章君鹏犯非法行医罪，判处有期徒刑 9 年，并处罚金 100 万元。(3) 被告人钱小玲犯故意伤害罪，判处有期徒刑 4 年。(4) 被告人刘冬生犯故意伤害罪，判处有期徒刑 3 年，缓刑 4 年。(5) 被告人章俊理、章君鹏、钱小玲、刘冬生赔偿顾德兴等1 091名附带民事诉讼原告人的经济损失合计5 246 653元，其中被告人章俊理赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计2 630 459.5元，被告人章君鹏赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计2 595 563元，被告人钱小玲赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计12 755.5元，被告人刘冬生赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失共计7 875元。(6) 各被告人对其在共同犯罪行为中给附带民事诉讼原告人所造成的经济损失承担民事连带赔偿责任。(7) 驳回董红华等 63 名附带民事诉讼原告人的诉讼请求。

顾德兴、吕力、胡耀光等 1 154 名附带民事诉讼原告人及其代理人上诉提出：(1) 原告人提出的精神损害的赔偿要求一审不予采纳不当，二审应予支持；(2) 原告人提出的双倍返还“治疗费”的请求合情合法，按消费者权益保护法的规定应予以判决返还；(3) 一审判决驳回 63 名原告人诉讼请求不当，应予纠正；(4) 原告人提出的交通费、住宿费、误工费等赔偿请求应予支持；(5) 一审判决存在一些笔误和赔偿数额错误，应予补正。

上诉人章俊理上诉提出原判认定的事实与事实和法律规定不符，其不构成故意伤害罪与非法行医罪。上诉人章君鹏上诉提出原判认定的事实及对其处罚与事实和法律规定不符，其不构成非法行医罪。上诉人钱小玲上诉提出她没有伤害的故意，她只是章俊理诊所的一名打工仔，法医鉴定标准过重，请求二审法院给她重新做人的机会。

章俊理的辩护人提出：原审对章俊理的有罪判决不能成立，即关于被告人章俊理非法行医罪的判决违背本案基本事实，章俊理系在取得医生执业资格的情况下有照行医，不属非法行医，同时，其行医活动的后果也并非属于危害社会的严重情节，对其行医行为定性不当，适用法律也存在严重错误；关于章俊理故意伤害罪的判决认定事实错误，证据既不确实也不充分；故本案应当宣告章俊理无罪。章君鹏的辩护人提出章君鹏不构成非法行医罪。钱小玲的辩护人提出钱小玲不具备故意伤害罪的犯罪构成要件及原判认定事实不清，证据不足，适用法律错误。章俊理、章君鹏、钱小玲的辩护人（民事代理人）就民事部分均提出：（1）本案民事部分已过诉讼时效，不应受理；（2）法医鉴定不客观不可采信，不能作为赔偿的依据；章君鹏和代理人还提出：章君鹏的行为与损害后果之间没有因果关系，依法不应承担民事赔偿责任。

本院经审理查明：上诉人章俊理1979年12月在南昌市郊区塘山卫生院工作，1981年底在南昌市郊区计划生育办公室转为全民工人编制。1982年3月26日调入江西省人民医院口腔科工作。1988年6月13日经江西省人民医院职称评审委员会评审为"技士"职称。同月停薪留职，在南昌市西湖区丁家巷46号开设个体牙科诊所，从事补牙、镶牙。1989年5月，上诉人章俊理向南昌市西湖区卫生局申请办理牙科诊所行医执照，该局依照1984年江西省卫生厅、江西省工商局颁发的《江西省城乡个体行医暂行管理办法》的有关规定，向其颁发了"南昌地区个体行医执照"，有效期至1989年9月。期间，卫生部、国家中医药管理局于1988年11月21日颁发了《医师、中医师个体开业暂行管理办法》，对个体行医的条件作出了新的规定。1989年9月江西省卫生厅依据国家的规定颁布了《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》，对个体行医的开业及管理重新作出了规定。1989年9月始，章俊理、章君鹏以诊所地点变更和原西湖区卫生局颁发的个体行医执照即将到期为由，向南昌市东湖区卫生局提出申请，要求换发新的个体行医执照。当时，该局根据国家的有关规定，正开始对辖区内个体行医进行全面清理、整顿。同时，通过对章俊理"技士"职称的审查，认为其不符合《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》第8条第2项之规定的申请开业条件，即"按卫生部关于卫生技术人员的职称评定和职务聘任制度的规定，取得医师、中医师及以上职称或士级职称资格后，在国家或集体医疗机构分别连续从事专业工作3年、4年以上（牙科、针灸、推拿2年以上）"。以章俊理虽有"技士"职称，但缺少在国家或集体医疗机构连续从事本专业工作2年以上的必备条件，不具备个体开业资格为由，拒绝发证，并将拒绝发证的理由告知章俊理、章君鹏。但是，章俊理在未取得卫生行政部门许可的情况下继续行医，并伙同上诉人

章君鹏四处活动，通过不正当手段，于1990年2月28日取得“南昌市地区个体行医诊所开业执照”。1989年9月，章俊理从江西省人民医院调出，其编制挂靠在中国科技人才交流中心南昌分中心。1990年10月，中国科技人才交流中心副主任江书平途经南昌，经南昌分中心主任王瑗琳引见后，章俊理、章君鹏要求为章俊理搞一个“医师”职称，江书平表示同意。随后，章俊理向该中心提供两份虚假证明材料，一份为盖有江西省人民医院办公室公章的“章俊理同志在本院口腔科从事口腔口矫专业临床达11年之久”的证明（落款日期为1988年5月15日），一份为盖有南昌市郊区计划生育委员会办公室公章的“章俊理同志技术职称为医士”的证明（落款日期为1982年3月29日）。据此材料，该中心于1991年3月评定章俊理为“主治医师”；1993年1月，又以同样的材料评定其为“主任医师”。此后，章俊理便公开以“主任医师”名义行医。1993年10月，江西省卫生厅专门发出“关于要求对章俊理牙科诊所有关问题进行查处的通知”，该通知明确指出：章俊理的主治医师、主任医师的技术职务是无效的。上诉人章俊理、章君鹏得知消息后，便与王瑗琳、江书平联系，以证实其主治医师、主任医师的效力，后获悉不具有效力时，便要求王瑗琳、江书平将章俊理的“主任医师”报卫生部确认，但遭到拒绝，而章俊理对外仍使用“主任医师”职称行医。1994年2月国务院颁布了“医疗机构管理条例”，1995年2月江西省卫生厅依据该条例制定颁布实施了《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》，进一步规范明确了对医疗机构的管理，并严格规定在城市设置诊所的个人必须同时具备“经医师执业技术考核合格、取得‘医师执业证书’或取得医师职称后，从事5年以上同一专业的临床工作”为个体行医开业的执业条件。章俊理明知自己不符合上述《实施办法》所规定的个体行医资格，仍继续行医，同时，又采取向南昌市东湖区卫生局原局长曾学军送钱、送物的手段，最终使南昌市东湖区卫生局为该诊所进行了年检，换发了新证。

1989年5月至1998年11月期间，上诉人章俊理、章君鹏为了谋取高额非法利益，对外扩大宣传，大肆作名不符实的医疗广告，先后在江西广播电视周报、江西电视台“晚间800”栏目、南昌电视台“豫章天地”栏目作大量的“德国牙科”、“国际水准、牙科专家、技术权威章俊理主任医师主持”等内容虚假的广告，并且扩大诊所面积，装饰门面，购置进口医疗设备，诱骗广大患者就诊，从中获取巨额利润。被告人章俊理、章君鹏还逐步加强了对诊所的内部管理，并且制定了南昌市德国新器材牙科诊所管理的规章制度。如制定章总职责，“章总”全面负责诊所的宏观策划及本所与外界的联系；全面负责本所主要人事安排工作，医生、护理人员的招聘，签订合同，工作分工，人才培养，工资待遇等；全

面掌握本所的月收支进展情况，严格保障诊所的利润等。上诉人章君鹏以“章总”身份参与诊所的行政管理、处理各种纠纷，并先后为诊所招聘了刘冬生、黄婷、李剑、李丽琴、唐艳春等30余名员工，并与之签订劳务协议、工作合同。

上诉人章俊理在其诊所开业期间，为追求非法利润，指使上诉人钱小玲、被告人刘冬生等员工，对前往该诊所咨询或就诊的患者，在初诊接待中，夸大患者病情，隐瞒对患者将要采取的治疗方法，蒙骗和诱导患者接受扩大化的治疗项目，并开出违反医疗常规或扩大治疗范围的治疗订单，欺骗患者，擅自在订单上加上“本人要求锯断牙齿”的字样。在治疗过程中，采取对患者正常牙随意开髓、拔髓、磨冠等手段，对患者牙齿进行非治疗性、破坏性、扩大化地处置。甚至以免费检查、清洗为名，在患者不同意或不知情的情况下，擅自给患者手术。在术后的病历记录中，作虚假、夸大病情的主诉和病史记载。由于上诉人章俊理及其诊所违反医疗常规的操作，自开业以来，章俊理及其牙科诊所对顾德兴、吕力、胡耀光等1 124名就诊人的身体造成了轻微伤以上的严重损害，造成被害人经济损失共计5 355 623元。

上述事实，有经原审当庭举证、质证的下列证据证实：

1. 原东湖区卫生局医政科科长刘菁萍出庭所作证言，证实章俊理于1989年9月带了西湖区的执照和一些材料来要求换证，根据市里通知和规定，技士职称要满3年才能发证，章俊理只有1年，便拒绝发证并告知了拒绝发证的原因。

2. 原东湖区卫生局局长曾学军出庭所作证言，证实1989年7月章俊理拿着西湖区的许可证到东湖区请求办证，根据1984年76号文件，给章俊理发了一个临时许可证，有效期到1989年9月份。1989年9月省卫生厅发了一个新规定，章俊理不符合条件，即资格差2年，所以没有发新证。后来因章俊理找了人，东湖区卫生局于1990年2月28日发了正式执照。并且还证实1989年9月至1990年2月章俊理是无证开业。

3. 当庭宣读的证人钟华证言，证实在对章俊理诊所申办新证审核时，对章俊理的职称提出疑问。

4. 当庭出示的江西省专业技术职务晋升呈报表，市医疗机构登记申请表，证明章俊理仅具有国家承认的技士职称。

5. 当庭宣读的卫生部、国家中医药管理局（88）卫医字第36号《医师、中医师个体开业暂行管理办法》、江西省卫生厅1989年颁布的《江西省城乡个体开业暂行管理办法》和1995年颁布的《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》，其中申请个体行医应具备的条件及履行的程序等内容证明了章俊理不具备开业资格。

6. 当庭宣读的证人王瑷琳的证词和证人江书平的证词，证明章俊理获取“主治”、“主任”医师资格的经过及章俊理、章俊鹏明知“主治”、“主任”医师资格未得到卫生部门认可的事实。

7. 当庭出示的1982年3月29日南昌市郊区计生委的证明，证人龚霞英的证言，以及南昌市郊区计生委于1998年12月15日的证明，证实郊区计生委1982年3月29日的证明材料是虚假的事实。当庭出示公安机关的文检鉴定，证明1988年5月15日江西省人民医院的证明材料上字迹系章俊理之妻周丽萍所写。

8. 当庭出示的卫生部人事司于1998年11月26日函，证明中国科技人才交流中心无权评定医疗部门的职称，以及中国科技人才交流中心于1998年12月27日的证明，证明该中心无权评定有效力的医疗部门高级职称。

9. 当庭宣读的市卫生局医政科戴金福，原省卫生厅厅长廖义翔、原省卫生厅医政处处长蒋崇桥，原省卫生厅薛辉、温技华证言，证明章君鹏为了作虚假广告，到卫生部门进行活动的事实。

10. 当庭宣读南昌有线电视台记者林欣、江西广播电视报编辑马洪亮证词，证实章君鹏为诊所作虚假广告的事实。

11. 当庭出示和宣读的南昌市德国新器材牙科诊所管理职责制度一份，南昌市公安局（99）洪公刑鉴字第28号科学鉴定书，被告人刘冬生于1999年4月4日，被告人钱小玲于1999年2月8日在公安机关的供述，以及证人唐艳春、余新福的证言，证实章君鹏负责诊所宏观策划，制定诊所制度的事实。

12. 当庭出示和宣读的德国新器材牙科诊所的合同，被告人刘冬生于1999年2月5日在公安机关的供述以及证人谢文涛、曹燕的证词，证实章君鹏以诊所的名义招聘员工36名的事实。

13. 当庭宣读证人唐艳春等13人到劳动局的投诉信及证人韩冰的证词，证明章君鹏以章总的身份处理诊所员工纠纷的事实。

14. 法医鉴定书、鉴定费发票，证明患者在诊所受到伤害的程度以及遭受的经济损失。

15. 患者在诊所诊治时的病历及订单，证明患者在诊所进行了治疗及收费金额。

16. 鉴定人当庭陈述及当庭宣读公安部物证鉴定书、法医鉴定书和口腔专家关于章俊理牙科诊所操作技术会诊意见书，证明被告人章俊理等人对患者的主诉及病史作不可靠的记录，对患者个体牙齿进行非治疗性、破坏性、扩大化处置，是违背医学原理的，以及证明了被害人受到伤害的后果。

另：本院二审期间，中共南昌市东湖区纪委以东纪发［2000］15号文作出

“关于曾学军同志所犯错误的处分决定”：曾学军因在1994—1998年间，在为章俊理办理行医执照过程中，多次收受章俊理及其家人送给的钱物共计6 000元而受到党内严重警告处分。

上列证据，经本院审查，真实合法，应予以采信，作为认定本案事实的证据予以确认。

上诉人即本案1 154名附带民事诉讼原告人及其代理人提出：①要求赔偿精神损失及双倍返还治疗费。依据我国刑事诉讼法的规定，附带民事赔偿的范围仅是指被害人因犯罪行为所造成的直接物质损失，精神损失的赔偿及双倍返还治疗费不包括在附带民事赔偿范围内，故附带民事诉讼原告人及其代理人上诉中提出的相应请求与法不符，不予支持。②要求赔偿误工费、交通费等。因没有充分证据印证、支持，不予采纳。③原审判决驳回63名附带民事诉讼原告人诉讼请求不当。经查：63名附带民事诉讼原告人中33人有在章俊理诊所就诊的证明，有法医验伤的鉴定书证明其损伤等级。因而，应与其他原告人一样支持其诉讼请求，对此部分上诉理由成立，应予采纳。在剩余的人员中，有19名附带民事诉讼原告人有证据证明到章俊理牙科诊所就诊，并已交费，因章俊理诊所查封关闭而未就诊完毕，由于其非章俊理等人行医对人身造成损伤而引起的民事纠纷，故不符合刑事附带民事诉讼的条件，其经济损失可另行起诉。但原审作出驳回这些原告人诉讼请求的实体判决不当，应予纠正。另外11名附带民事诉讼原告人因缺乏到章俊理诊所就诊的依据，提起的附带民事诉讼请求事项没有证据支持，故原审判决驳回诉讼请求无误。另查明，原审判决在赔偿数额上存在部分笔误，应予补正。

上诉人章俊理及其辩护人提出原审对章俊理的有罪判决不能成立，本案应宣告章俊理无罪，即：

1. 原审对章俊理非法行医罪的判决违背本案基本事实，章俊理系在取得医生执业资格的情况下行医，同时其行医活动的后果也并非属于危害社会情节严重，故原判对其行为定性不当。本院审查认为：①上诉人章俊理的医疗技术职称仅是“技士”，明显不符合国家卫生主管部门及各级卫生行政管理部门各个时期对个体行医应有的资格所规定的条件。即1989年向东湖区卫生局申请换发新证时，不符合取得职称后，“在国家或集体医疗机构分别连续从事专业工作3年、4年以上（牙科、针灸、推拿2年以上）”之开业必备条件。由于其仅有国家认可的“技士”职称，所以更达不到1995年有关规章规定的医师职称方能申请执业的条件。②章俊理1988年开业时，虽然符合当时开业条件，但是随着国家对个体行医条件作出新的规定，章俊理已丧失了行医资格。早在1989年9月江西省

卫生厅（89）赣卫医字第207号文件“关于印发《江西省城乡个体开业行医暂行管理办法》的通知”就明文规定：“各地要根据《管理办法》的要求，对个体医疗机构重新进行一次全面的登记、审批、发证，不符合条件的要停办。”1995年2月《江西省医疗机构管理条例实施办法（暂行）》颁布实施，该办法第103条规定：“本办法实施以前已经批准执业的医疗机构，经清理整顿后，符合医疗机构设置规划和办医条件的，可不办理设置审批手续，按奉办法直接办理登记、审批、发证。”因而，随着国家对个体行医资格的逐步严格要求和强化管理，章俊理所具有的“技士”职称已不符合开业行医的资格，且其诊所属于要停办的范围，根本不属于直接办理登记、审批、发证之范畴。③由于章俊理自身主体条件不符合行医资格，其虽领取了执业许可证，但其实质上仍属不具备医生执业资格。依据现有法律规定的精神及卫生主管部门颁发的相关条例、规章，合法的行医资格必须同时具备2个条件，即行医者自身符合行医条件和经卫生主管部门合法批准领有执业许可证。章俊理诊所1990年起通过领导打招呼和送钱、送物等不正当途径虽领有个体执业许可证，但该执业许可证系不正当手段获取，实质上应认为无效。只有符合不同时期相关法规、规章规定所要求的个体行医条件，并且经有关卫生行政主管部门按合法程序批准，经合法手续颁发执业许可证，才称得上具有完备的医生执业资格。④章俊理对自己不具备行医资格自始至终主观上是明知的，有东湖区卫生局经办人刘菁萍、原局长曾学军及中国科技人才交流中心南昌分中心主任王瑷琳、中国科技人才交流中心副主任江书平的证言证实。⑤章俊理在近10年的非法行医过程中，为了谋取高额的非法利益，大量作虚假广告，诱骗广大患者前来就诊，任意扩大诊治范围，骗取患者高额费用。同时在治疗中违反治疗原则，造成了本案1 000余名附带民事诉讼原告人轻微伤以上的损伤，其中经法医鉴定重伤乙级达53人。章俊理明知自己不具备个体行医资格，却长期非法行医，已严重扰乱了国家对医疗的管理秩序，且对千余名患者造成了损伤。其非法行医行为实属情节严重，并已达到严重损害就诊人身体健康的量刑档次。故原判以非法行医罪对章俊理定性并量刑并无不当。上诉人章俊理及辩护人提出原判非法行医罪定性不当，且非情节严重的意见与客观事实及法律规定不符，本院不予采纳。

2. 原判适用法律错误，对1997年10月1日以前的行医行为，不能追诉。经审查认为：章俊理自1989年以来，其自始至终均未取得符合法规、规章规定的医生执业资格。章俊理及其诊所一直处于非法行医的状态，并持续至案发，中间没有间断。由于其非法行医行为持续地侵犯了国家对医疗机构的管理秩序和公众的身体健康，因而该犯罪行为开始于新刑法施行以前，且继续到新刑法生效以后

才结束，就应当作为新刑法生效之后发生的犯罪对待，适用新刑法对本案发生于1997年10月1日以前的行为一并追究。同时，1979年《刑法》虽未对非法行医罪作明确规定，但对非法经营一类行为对社会造成危害的，有明确的罪名予以处罚。故可按1997年《刑法》第89条之规定，对章俊理发生于1997年10月1日以前的非法行医行为认为是犯罪行为，并应当适用新刑法一并追究。

3. 章俊理主观上无伤害故意，客观上不具备故意的伤害行为，不应认定构成伤害罪。经审查认为：上诉人章俊理系为了追求高额利润，在非法行医过程中采取扩大化、非治疗性、破坏性手段，违背医学常规，处置患者牙齿，从而造成就诊人损伤，这种损伤的后果是章俊理追求非法利润为目的中的一种手段，属非法行医活动中造成的后果，故原判将同一性质的行为、手段所致的5名被害人损伤又认定为上诉人章俊理、钱小玲和被告人刘冬生的故意伤害行为所致，不妥。上诉人章俊理及其辩护人关于章俊理不构成故意伤害罪的主张成立，本院予以采纳。同样，上诉人钱小玲及其辩护人关于其不构成故意伤害罪的主张也予以采纳。上诉人章君鹏及其辩护人提出其不构成非法行医罪。审查认为：上诉人章君鹏对章俊理不具备行医资格系明知的，但其仍负责诊所的日常行政管理工作，制定诊所的规章制度，招聘无医生执业资格的人员从事临床诊疗活动，积极处理诊所的各种纠纷，掩盖章俊理非法行医损伤患者的事实，其虽未直接从事医疗活动，但因其在诊所所处的突出地位和作用，直接帮助和配合了章俊理实施非法行医活动，属具有共同的犯罪故意，只是行为上的分工不同。因此，其上诉理由及其辩护人的辩护意见与事实不符，本院不予采纳。上诉人章俊理、章君鹏、钱小玲的辩护人就本案民事部分均提出：①本案民事部分已过诉讼时效，不应受理。审查认为：本案系刑事附带民事案件，民事部分的诉讼时效应以犯罪行为受追究时计算，故本案民事部分，在诉讼时效上显然不存在差误。②法医鉴定不客观，不能成为赔偿依据。审查认为：上诉人章俊理、章君鹏、钱小玲及其辩护人均未提出法医鉴定不客观、不可靠的确凿依据，故法医鉴定作为依法收集的证据，可以作为本案证据予以采信。上诉人章君鹏及其辩护人还提出：其行为与损伤后果之间没有因果关系，不应承担责任。审查认为：本案系共同犯罪，章君鹏虽无直接行医并损伤原告人，但这属于共同犯罪中分工不同，其作为共同犯罪人并依据其在共同犯罪中的地位、作用，仍应承担相应的赔偿责任。上诉人章俊理、章君鹏、钱小玲及其辩护人就民事部分提出的上述上诉理由与法不符，不予采纳。

本院认为：上诉人章俊理明知自己不符合卫生行政部门规定的行医资格，却通过不正当和不法手段获取执业许可证，开设个体牙科诊所非法从事医疗活动，致1 124名患者的身体健康受到严重损害，情节严重，其行为已构成非法行医

罪。其上诉提出及其辩护人提出不构成非法行医罪的理由不能成立，予以驳回。但其上诉提出及其辩护人提出的不构成故意伤害罪的理由，因与事实及法律规定相符，应予采纳，原审以故意伤害罪对其定罪量刑不当，应予以改判。上诉人章君鹏明知章俊理不具备医生执业资格，仍积极参与章俊理的非法行医活动，制定诊所的规章制度，负责管理诊所的日常行政事务及人事工作，处理诊所的各种纠纷，为章俊理顺利实施非法行医活动起着直接帮助和配合作用，情节严重，其行为已构成非法行医罪。章君鹏上诉提出及其辩护人提出的不构成非法行医罪的理由，与本案客观事实及法律规定不符，予以驳回。上诉人钱小玲上诉提出及其辩护人提出的不构成故意伤害罪的理由，符合客观事实及法律规定，应予采纳，原审以故意伤害罪对其定罪量刑不当，应予以改判。同时，现有证据不足以认定其系明知章俊理属非法行医，故其缺乏非法行医的共同故意，钱小玲的行为也不构成非法行医罪。同样，原判以故意伤害罪对被告人刘冬生作出判决也属不当，应予以改判，也无充足证据证明其有非法行医的共同故意，亦不构成非法行医罪。上诉人章俊理、章君鹏对其非法行医行为造成附带民事诉讼原告人的直接经济损失，应予以赔偿。上诉人顾德兴、吕力、胡耀光等1 154名附带民事诉讼原告人中，33 名上诉人有证据证明受到章俊理及其诊所非法行医的损害，有 19 名上诉人可另行起诉，同时，原判在赔偿数额上确存在部分笔误，其上诉理由部分合理，合理部分应予支持，不合理部分，不予采纳。上诉人章俊理、章君鹏就本案民事部分的上诉理由，均不符合法律规定，也无充分证据支持，故其上诉理由予以驳回。但上诉人钱小玲、被告人刘冬生因不构成故意伤害罪和非法行医罪，可免除其赔偿责任。依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第 1 项、第 2 项，《中华人民共和国刑法》第 336 条第 1 款、第 25 条第 1 款、第 36 条，《中华人民共和国民法通则》第 119 条、第 130 条之规定，判决如下：

一、撤销南昌市西湖区人民法院（1999）西刑初字第 441 号刑事附带民事判决第（一）、（三）、（四）、（五）、（六）、（七）项。

二、上诉人章俊理犯非法行医罪，判处有期徒刑 9 年零 6 个月，并处罚金 100 万元（判决生效后，15 日之内一次性付清，刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 1998 年 11 月 20 日起至 2008 年 5 月 19 日止）。

三、维持南昌市西湖区人民法院（1999）西刑初字第 441 号刑事附带民事判决第（二）项，即被告人章君鹏犯非法行医罪，判处有期徒刑 9 年，并处罚金 100 万元（判决生效后，15 日之内一次性付清，刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 1999 年 1 月 16 日起至

2008 年 1 月 15 日止）。

四、上诉人钱小玲、被告人刘冬生宣告无罪。

五、上诉人章俊理、章君鹏共同赔偿顾德兴、吕力、胡耀光等1 124名附带民事诉讼原告人经济损失合计5 355 623元（详见表附一、附二），上述赔偿款项在判决生效后 15 日内一次性付清。

六、驳回上诉人李蔚等 19 名附带民事诉讼原告人的起诉（名单附后）。

七、驳回上诉人万少华等 11 名附带民事诉讼原告人的诉讼请求（名单附后）。

本判决为终审判决。

审判长：廖××

审判员：殷××

代理审判员：陈××

2000 年 6 月 28 日

注：附后名单略。

杜志芳非法行医案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、《刑法》第 336 条中“医生执业资格”的认定
六、医疗机构执业许可证与医生执业资格的关系
七、非法行医过程中的紧急救助行为的界定
八、非法行医行为与就诊人受损害后果之间因果关系的界定
九、结语
附录一：北京市丰台区人民法院刑事附带民事判决书
附录二：北京市第二中级人民法院刑事附带民事裁定书

一、选案理由

近年来，许多地方非法行医现象严重，屡禁不止。有的县在短短 1 年半的时间里，查处的非法行医案件就多达 300 多件。[①] 因非法行医致就诊人伤残甚至死亡的案件时有发生。一些性质恶劣、造成严重后果的非法行医案件给受害人及其家属造成极大痛苦，引起很大民愤，社会各界强烈要求严惩这类违法犯罪活动。其中，发生在城乡结合部的非法行医案件尤其引人关注。这类案件的发生有其特殊的时代原因，在定性和处理上也不易准确把握。杜志芳非法行医案就属于这样

---

① 参见时红、张延禄：《339 例非法行医行政处罚案件的分析》，载《中国农村卫生事业管理》2003 年第 12 期。

一个存在争议而又具有代表性的案件。该案涉及多方面的刑法理论问题，既包括总则方面的问题，如危害行为和危害结果之间因果关系的认定，也包括分则方面的问题，如非法行医罪主体要件的界定以及非法行医行为与紧急救助行为的区分。因此，该案入选本书。

二、基本案情

杜志芳，女，36岁，汉族，出生地河南省，中专文化，无业，住河南省固始县蒋集镇马巷街。因涉嫌犯非法行医罪，于2003年3月2日被羁押，2003年4月3日被逮捕。

本案基本案情为：2002年1月3日4时许，被告人杜志芳在北京市丰台区六圈秦李庄，在未取得医生执业资格的情况下，非法为被害人张静接生，后张静分娩时子宫颈多处破裂出血，致急性失血性休克死亡。

三、裁判要旨

被告人虽然曾经从事过医疗活动，具有一定的医疗技术，但不能证实其在其他地区行医行为的合法性。在《执业医师法》实施之后，行为人是否具有“医生执业资格”，要看他是否具备《执业医师法》所规定的从事诊疗活动所必须具备的条件。具体而言，在医疗、预防、保健机构中从事医疗、预防、保健业务的人员，应当同时具备以下两项条件：（1）通过执业医师资格考试，取得执业医师资格或者执业助理医师资格；（2）在所在地县级以上卫生行政部门注册，领取由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书。如果是申请个体行医，则必须同时具备以下条件：（1）通过执业医师资格考试，取得医师资格。执业助理医师没有申请个体行医的资格。（2）在所在地县级以上卫生行政部门注册，领取由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书。（3）注册后在医疗、预防、保健机构中执业满5年。

四、引发的理论问题

虽然本案两审法院都对被告人杜志芳及其辩护人所提出的辩护理由进行了分析评判，但从具体内容来看，这种分析评判并没有紧紧围绕非法行医罪的构成要件展开，因而缺乏说服力。例如，一审判决认为辩方提供的证据并不能证实杜志芳在北京行医行为的合法性，而辩方并没有试图证明被告人杜志芳在北京的行医行为合法，而是主动承认杜志芳的有关行医行为确实违法，只是不符合非法行医罪的成立条件，因而不构成非法行医罪。可见，一审判决的这种分析显然属于无

的放矢，没有意义。又如，对于辩方提出的被告人杜志芳的行为属于紧急救助行为，以及无法证明杜志芳的行为与受害人的死亡结果之间存在因果关系到杜志芳的行为能否构成非法行医罪的辩护理由，两审判决都采取了回避的态度。这也无疑使得两审判决没有做到以理服人。笔者认为，要正确处理本案，必须澄清以下三方面的问题：

1. 如何理解非法行医罪的主体要件？被告人杜志芳是否具备非法行医罪的主体条件？根据《刑法》第 336 条的规定，非法行医罪的主体是特殊主体①，即只能是未取得医生执业资格的人，已经取得医生执业资格的人即使非法行医，也不能按本罪论处。因此，本案被告人杜志芳是否取得医生执业资格，对于正确处理本案至关重要。对此问题，两审法院都有论及。一审法院认为，被告人杜志芳在北京行医的时间是在《执业医师法》实施之后，她是否具有“医生执业资格”，要看她是否具备《执业医师法》所规定的从事诊疗活动所必须具备的条件。显然，一审法院将《刑法》第 336 条中的“医生执业资格”等同于医务人员从事诊疗活动必须具备的条件，至于为什么作出这种等同，一审判决中没有解释。笔者认为，这种等同的合理性和合法性都值得质疑。二审法院认为，杜志芳虽然有学历、职称，但未办理执业资格手续，在北京行医也没有取得医疗机构执业许可证，因而属于未取得医生执业资格。由此可见，二审法院实际上是将未取得医生执业资格与未经卫生行政主管部门批准领取医疗机构执业许可证混为一谈。这种观点也值得商榷。

2. 如何区分非法行医行为和非法行医过程中的紧急救助行为？被告人杜志芳的涉案行为属于非法行医行为，还是非法行医过程中的紧急救助行为？非法行医现象之所以在我国许多地区，特别是农村和城乡结合部屡禁不止，有其深刻的社会原因，其中农村人口贫穷和缺乏医疗保障，对正规医院收费心存恐惧，因而

---

① 关于非法行医罪的犯罪主体属于一般主体还是特殊主体，多数教科书都没有指明，只含糊地说本罪主体是未取得医生执业资格的自然人。对这一问题，理论界存在对立观点，一种观点认为，本罪只能由特殊主体构成（参见朗秋：《非法行医罪“医生执业资格”的审查方式——“德国牙医”章俊理的医生执业资格的剖析》，载《江西律师》2000 年第 4 期），另一种观点认为，本罪的主体属于一般主体（参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社 2001 年版，第 302 页）。笔者认为，本罪的犯罪主体应当归入特殊主体之列。对于犯罪特殊主体标志的法定特殊身份，刑法既可以从正面加以规定，如“已取得医生执业资格的人”，也可以从反面加以规定，如“未取得医生执业资格的人”。只要刑法通过专门规定将一部分自然人排除在可能构成某罪的人员之外，那么，该罪就只能由具有特殊身份的人才能构成，其犯罪主体就应当是特殊主体。正如有学者所指出：“‘未取得医生执业资格的人’显然是一种特殊主体，但与一般的特殊主体要求具有积极的身份不同，本罪的特殊主体是一种消极的身份。”参见张明楷：《试论非法行医罪》，载高铭暄主编：《刑法学研究精品集锦》，法律出版社 2000 年版，第 416 页。

不敢上正规医院看病是重要原因之一。由于正规医院收费昂贵并且通常将付不起医药费和住院费的病人拒之门外，大量农村人口生病只好去非法行医者那里就诊，相应地，非法行医人员在非法行医过程中便可能遇到一些生命垂危的就诊病人。如果不对这些人进行及时抢救，他们就可能死亡或者发生其他严重后果。在这种情况下，行为人的非法行医行为就可能转化为紧急救助行为，其行为性质也相应地由有害于社会转化为有益于他人。对这类行为，显然不宜再以非法行医行为进行追究了。从本案案情来看，被告人杜志芳给受害人张静接生的行为，便明显存在紧急救助的成分，该行为究竟属于非法行医行为，还是属于救助处在危难之中的就诊人的行为，必须作出正面回答，否则就可能对行为性质作出错误的认定。两审法院对这一问题都没有作出正面回答，显然是不合适的。

3. 如何判断非法行医行为与损害结果之间的因果关系？本案被告人杜志芳的涉案行为与就诊人张静死亡的结果之间是否存在因果关系？准确判断非法行医行为与就诊人受损害结果之间的因果关系，对于正确处理非法行医案件意义重大。非法行医罪属于情节犯，而非法行医行为给就诊人身体健康和生命安全所造成的损害程度，通常是判断非法行医行为情节是否严重的最重要标准，因此，如果不能确认非法行医行为和就诊人受损害的结果之间的因果关系，往往就无法认定非法行医行为情节严重，也就不能认定行为构成非法行医罪。本案即属于这种情形：从本案具体情况来看，司法机关即使认定被告人杜志芳的涉案行为属于非法行医，也还不能就此认定杜志芳构成非法行医罪，而必须查证其行为造成了就诊人张静的死亡，因为通观全案，除非杜志芳的涉案行为造成了就诊人张静产后大出血进而死亡，否则不存在情节严重的情形。杜志芳的辩护人抓住了这一重要问题，在辩护词中提出现有证据不能确定杜志芳的接生行为是造成受害人张静死亡的原因，因而不足以证明其行为构成非法行医罪。令人遗憾的是，一、二审法院都没有对这一辩护理由作出回应，而是在没有任何解释的情况下，直接得出张静的死亡是由杜志芳的非法行医行为所导致的结论。这显然是不能令人信服的。

五、《刑法》第 336 条中“医生执业资格”的认定

何谓“医生执业资格”？全国人大常委会于 1998 年 6 月 26 日通过、1999 年 5 月 1 日起施行的《中华人民共和国执业医师法》以及其他医疗管理方面的法律、法规、规章中都没有这一概念，更不可能作出解释性规定。1997 年《刑法》虽然在第 336 条中将非法行医罪的主体限定为未取得医生执业资格的人，但没有对医生执业资格的含义作出任何解释，目前也缺乏相应的司法解释。法律相关规定的不完善使得司法实务中和刑法理论上对如何界定医生执业资格发生了很大混

乱。本案中，对于被告人杜志芳是否取得了医生执业资格，控辩审三方发生了很大分歧。被告人杜志芳及其辩护人理解为是指具备领取医生执业许可证的实质条件；一审法院理解为是指医务人员从事诊疗活动必须具备的条件；二审法院则理解为是指取得卫生行政主管部门颁发的医疗机构执业许可证。刑法理论界对此问题也存在多种观点。根据《刑法》第336条的规定，行为人未取得医生执业资格是其行为构成非法行医罪必须具备的主体条件，因此，要正确处理本案，首先必须确立一个科学的医生执业资格判断标准，并在此基础上考察被告人杜志芳是否属于未取得医生执业资格的人。

（一）医生执业资格判断标准述评

目前刑法理论界和实务部门关于医生执业资格的判断标准表述较为繁杂，但概括起来看，主要有两种观点，第一种观点可以称为医师资格与执业资格统一说，第二种观点可以称为任职资格或者申请个体行医资格符合说，下面分别加以述评。

1. 医师资格与执业资格统一说。持这种观点的人认为，“医生执业资格”应当理解为“医师资格”和“执业资格”的统一，即行为人要取得医生执业资格，不但要取得执业医师资格，而且要取得医师执业证书，包括领取医疗机构执业许可证或者在取得了医疗机构执业许可证的医疗机构中行医。具体而言，即如果是在国家、集体或者他人开设的医疗机构中执业，必须具有医师资格、执业证书，所在医疗机构必须依法取得了医疗机构执业许可证；如果是个体行医，必须具有执业医师资格、执业证书，并领取了医疗机构执业许可证。理由是：①从文法的表述上看，“医生执业资格”显然并不等同于“医师资格”或“执业医师资格”，而是“医师资格”与“执业资格”的统一，即只有同时具有医师资格和取得执业证书，才属于取得了“医生执业资格”。②从实质上看，非法行医罪首先侵犯的是公共卫生，其次是医疗管理秩序，取得医师资格但没有取得执业证书的人行医，同样侵犯了上述两种法益。① ③根据《执业医师法》的规定，医生执业资格理应包括医师资格和执业资格。《执业医师法》第39条规定：“未经批准擅自开办医疗机构行医或者非医师行医……构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这表明，《刑法》第336条所规定的“未取得医生执业资格人非法行医”既包括未取得执业医师资格的人非法行医，也包括虽然已取得执业医师资格但没有取得执业证书

① 参见张明楷：《非法行医罪研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第2卷），法律出版社2000年版，第49页。

的人非法行医的情形。[①]

根据医师资格与执业资格统一说，本案被告人杜志芳显然未取得医生执业资格。首先，根据案件材料，杜志芳虽然早在1998年以前就取得了医师职称，但这只是《执业医师法》颁布实施前所取得的医学专业技术职务任职资格，她既没有依法申请执业医师资格[②]，更没有进行注册，领取医师执业证书。其次，杜志芳在北京市丰台区开展行医活动时，既没有在任何具有医疗机构执业许可证的医疗机构中工作，也没有领取医疗机构执业许可证。既然杜志芳没有执业医师资格和医疗机构执业许可证，根据医师资格和职业资格统一说，她就根本不具备医生执业资格。

医师资格与执业资格统一说将医生执业资格与医师资格和执业医师资格加以区分，从语义逻辑上看，无疑是正确的，但是，仔细推敲，会发现这种观点存在两方面的严重不合理之处。其中之一，就是将绝大部分医务人员的医生执业资格的有无建立在他们在其中工作的医疗机构是否合法的基础之上。这实际上是将医疗机构是否合法与医务人员是否具有医生执业资格两个不同的问题混为一谈，同时将“医生执业资格”和“执业医生”混为一谈，有过于扩大刑法打击面之嫌。从实际情况看，当前非法行医活动主要发生在农村以及城乡结合部，之所以在这些地区非法行医活动猖獗，主要原因在于目前我国广大农村地区生活水平较低，缺乏医疗保障，贫穷加上缺乏医疗保障导致大量农村人口上不起正规医院看病，给非法行医人员以生存和发展的空间。而在这种情况下，一些具有卫生技术职称和临床工作经验的医务人员利用业余时间或者在没有领取医疗机构执业许可证的情况下，利用自己的技术和经验开展诊疗活动，不但挽救了大量贫病交加者的生命，恢复了他们的健康，还减少了那些根本没有医学知识的江湖游医谋财害人的机会。这些具有一定医学知识和临床经验的医务人员非法行医，与那些毫无医术的江湖骗子非法行医所具有的社会危害性存在天壤之别，如果将这两类人的非法行医行为不做任何区别地一并处理，不但从法理上说不通，从社会效果上看也是有害的。

医师资格和执业资格统一说的另一个严重不合理之处，是将医疗机构执业许可证作为认定行为人是否取得医生执业资格的条件。关于这种观点之不合理所在，恕笔者在本文下一个专题，即“医疗机构执业许可证与医生执业资格的关

① 参见石磊：《非法行医罪主体的认定》，载《贵州警官职业学院学报》2003年第2期。

② 根据卫生部、人事部2000年6月28日颁布实施的《具有医学专业技术职务任职资格人员认定医师资格及执业注册办法》第3条的规定，已取得医师以上专业技术职务任职资格的，可以在1999年12月31日以前申请执业医师资格。

系”中再详作论述。

2. 任职资格或者申请个体行医资格符合说。持这种观点的人认为，所谓医生执业资格，是指由医疗卫生主管部门按照规定制发的从事医生职业的许可证件。如依据《卫生技术人员职务试行条例》的规定，由各级卫生职务评审委员会授予的医士、医师等卫生技术职务任职资格，或者按照《中医人员个体开业管理补充规定》，具有申请个体开业的资格等。[①] 根据这种观点，判断行为人是否取得医生执业资格，根据不同情况有两种不同标准：如果是在国家、集体、他人开设的医疗机构中执业，医生执业资格以取得法定的从事医生职业必须具备的卫生技术职务任职资格为充足条件；如果是个体行医，则以具备申请个体开业的资格为充足条件。是否取得医生执业资格与是否取得开业执照（或称医疗机构执业许可证）没有关系，有医生执业资格而未取得开业执照行医的，不属于非法行医。[②]

如果采用这种观点作为判断是否取得医生执业资格的标准，本案被告人杜志芳是否属于已经取得医生执业资格的人呢？笔者认为答案是否定的。不可否认，杜志芳确实具有卫生技术职务任职资格，表现在根据河南省固始县卫生局出具的证明，杜志芳 1987 年至 1998 年在河南省固始县蒋集镇中心医院从事医疗工作，期间获得医师资格（这一证据已经得到一、二审法院的确认），但是，她并不具备申请个体开业行医的全部条件。由于杜志芳是在北京从事个体行医活动，根据任职资格或者申请个体行医资格符合说，判断她是否已经取得医生执业资格，不但要看他是否取得了卫生技术职务任职资格，还必须看他是否具有申请个体开业行医资格。根据《执业医师法》第 19 条的规定，申请个体行医的执业医师，须经注册后在医疗、预防、保健机构中执业满 5 年。这表明，申请个体行医的资格由以下几方面条件组成：①取得执业医师资格；②向所在地县级以上人民政府卫生行政部门申请注册，取得由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书；③注册后在医疗、预防、保健机构中执业满 5 年。本案被告人杜志芳虽然已取得医学专业技术职务任职资格，但她既没有依法申请执业医师资格，更不具备后两项条件，显然不具备申请个体行医的资格，根据任职资格或者申请个体行医资格符合说，当然没有取得医生执业资格。本案两审法院正是基于这种认识，认定被告人杜志芳未取得医生执业资格。

任职资格或者申请个体行医资格符合说将医生执业资格与合法行医条件加以

① 参见欧阳涛等主编：《易混淆罪与非罪、罪与罪的界限》，中国人民公安大学出版社 1999 年版，第 332 页。

② 同上注。

区分无疑是正确的。从该种观点的具体表述来看，这种观点与医师资格与职业资格统一说的最主要区别在于它不认为行为人已经领取医疗机构执业许可证或者在合法的医疗机构中行医是行为人取得医生执业资格的必备条件，笔者认为这一思路无疑是可取的。但笔者不能赞同其将医生执业资格的有无理解为行为人是否具有申请行医的资格这一结论。具体理由将在下面阐述。

（二）医生执业资格判断标准之我见

笔者认为，医生执业资格应当是指合法行医应当具备的实质条件。所谓合法行医应当具备的实质条件，是与医师执业证书、医疗机构执业许可证等合法行医应当具备的形式条件相对应而言的行医条件，是指行为人一旦具备，就可以依法进行注册、领取医师执业证书，进而申请在医疗机构中行医或者个体开业行医的条件。行为人一旦具备合法行医的实质条件，只要愿意，就可以通过办理某些手续从而取得医师执业证书或者医疗机构执业许可证。这些条件是由有关法律、法规加以规定的。例如，在前述《执业医师法》第 19 条所规定的申请个体行医必须具备的条件中，具有执业医师资格、在医疗、预防、保健机构中执业满 5 年，都属于合法行医的实质条件；向所在地县级以上人民政府卫生行政部门申请注册，取得由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书，以及领取医疗机构执业许可证，则属于合法行医的形式条件。有关实质条件表明行为人已经具备从事个体行医的医疗技术水平和临床实践经验。行为人具备了这些条件，就应当视为取得了医生执业资格，缺乏其中的任何一项，就属于没有取得从事个体行医的医生执业资格的人。之所以把医生执业资格的内涵界定为合法行医（即从事医疗、预防、保健等业务）必须具备的实质条件，而不是合法行医必须具备的全部条件，是基于以下三方面的理由：

1. 从刑法将非法行医罪的主体限定为未取得医生执业资格的人的目的来看，医生执业资格应当理解为合法行医的实质条件。弄清刑法将非法行医罪的主体限定为未取得医生执业资格的人的目的，对于正确界定医生执业资格的含义具有重要意义。如果立法者仅仅是为了规范医疗行业，而没有考虑具有不同医疗技术水平的人员非法行医的社会危害性存在重大差别，应当区别对待，那么，确实应当考虑将未取得医生执业资格理解为未取得行医的实质条件和医师执业证书、医疗机构执业许可证等形式条件，但是，如果立法原意是这样，立法者就没有必要对非法行医罪的主体作出这种限制，而只需直接规定非法行医情节严重即可构成非法行医罪。因此，笔者认为，立法者将非法行医罪的主体限制为未取得医生执业资格的人，显然不仅仅是为了规范医疗行业的执业活动，同时还存在更有效地保障公民身体健康和生命安全的用意。这从大多数学者都认为非法行医罪所侵犯的客

体是国家对医疗行业的管理秩序和就诊人的生命、健康权利也可以得到印证。[①]

既然限制非法行医罪主体的目的是为了规范医疗机构，保障公民健康，就应当将已经具备行医实质条件的人排除在非法行医罪的主体之外。这是因为，从整体上看，具备行医实质条件的人非法行医，对公民身体健康和生命安全的威胁要大大小于不具备行医实质条件的人，理应将这两种人的非法行医行为区别对待。已具备了行医实质条件的人，实际上已经完全具备了从事医疗、预防、保健业务的能力，他们由于经过严格的医学知识考核，且具有较丰富的临床经验，因而其医学理论素养和医疗技术水平从整体上看要大大高于不具备行医实质条件的人。这类人行医时，由于已经具备从事医疗活动的业务素质，只是在形式上缺乏合法性，因而主要破坏的是医疗管理秩序，一般不会对就诊人的生命安全和健康造成损害。而不具备行医实质条件的人非法行医，不但形式上不合法，业务素质也没有保障，因而不但破坏了国家对医疗行业的管理秩序，而且严重威胁到就诊人的生命安全和健康权益。可见，不具备行医实质条件的人非法行医，其社会危害性远远大于已具备行医实质条件的人非法行医，对这类非法行医活动进行打击才是刑法增设非法行医罪的宗旨，才能解释为什么刑法将非法行医罪的主体限定为“未取得医生执业资格的人”，也才符合罪责刑相适应的原则。

2. 具备合法行医实质条件者与具备合法行医所有条件（包括实质条件和形式条件）者非法行医的性质相同，社会危害性相当，依法都应当排除在非法行医罪的主体之外。具备合法行医实质条件者与具备合法行医全部条件者在卫生技术职称、工作年限等表明行为人医疗技术水平和临床工作经验方面的条件是完全相同的，实际医疗技术水平也相同，只不过前者因为缺乏行医的形式条件而尚不能在合法的医疗机构中从事执业活动，而后者可以并且已经在合法的医疗机构中行医。一旦这两种人实施的都是非法行医行为，那么他们是否在合法的医疗机构中执业对于其行为性质的认定和行为的社会危害性便没有什么影响了，即无论是否在合法的医疗机构中执业，其行为都危害了公共卫生和医疗管理秩序，加之他们的实际医疗技术水平相同，其行为的社会危害性总体上基本相当。刑法既然将已经具备合法行医条件者的非法行医行为排除在非法行医罪之外[②]，就没有理由将

---

① 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 764 页。有的论者将非法行医罪的客体表述为主要客体是国家对医疗行业的管理秩序，次要客体是公共卫生。参见刘远主编：《危害公共卫生罪》，中国人民公安大学出版社 1998 年版，第 219 页。我们认为两种观点本质上一致，因为损害就诊人的生命安全与健康权利实际上就是危害公共卫生。

② 已经具备法定行医条件者毫无疑问属于已经取得医生执业资格的人，因而被排除在非法行医罪主体之外。

与其行为性质以及社会危害性大小几乎相同的具备合法行医实质条件者的非法行医行为纳入非法行医罪之中。

3. 从最高人民法院所作出的有关判决来看，医生执业资格也应当理解为合法行医的实质条件。最高人民法院曾经对周兆钧非法行医案作出（2002）刑复字第 154 号刑事判决书，宣告被告人周兆钧无罪。该案基本案情如下：被告人周兆钧于 1948 年毕业于上海国防医学院（即现在的第二军医大学）。1949 年至 1950 年在湖南省津市市开办诊所。1953 年 9 月获国务院卫生部颁发的医师证书。1950 年至 1979 年，其先后在湖南省防疫大队、湖南省结核病防治所、湖南省靖县人民医院从事医疗工作。1979 年从靖县人民医院退休后，经卫生行政主管部门颁发行医执照自办诊所行医。1993 年，周兆钧因房屋拆迁及年老等原因向长沙市社会医疗管理委员会申请个体诊所停业，并上交了行医执照。1998 年 10 月，周兆钧应长沙市天心区城南路街道办事处县正街居委会邀请为居委会开办医疗室，并购进了一些常用药品，因未获天心区卫生局同意，1998 年底，医务室停办。1998 年底，周兆钧在家里为街道居民无偿看病（只收取药品费用）。2000 年 3 月 1 日 7 时许，居民王建辉（女 65 岁）因咳嗽多日，自带青霉素针剂来到周兆钧家，要求为其注射青霉素。经周兆钧诊断王建辉为慢性支气管炎，并为王建辉做完青霉素皮试确认为阴性反应后，为王建辉注射了 1 支 80 万单位的青霉素针剂。不久，王建辉发生青霉素过敏反应。周兆钧随即先后为王建辉注射了 10 毫克“地塞米松”针剂和 1 支“付肾上腺素”针剂，试图缓解王建辉的青霉素过敏反应，并要他人通知王建辉的亲属。随后，周兆钧与王建辉的亲属将王建辉送至湖南省人民医院抢救。当日上午 9 时 32 分，王建辉在湖南省人民医院死亡。湖南省长沙市中级人民法院于 2001 年 9 月 20 日以（2001）长中刑终字第 100 号刑事附带民事判决，以非法行医罪判处周兆钧有期徒刑 2 年，缓刑 3 年，并处罚金人民币 1 千元，并依法报请最高人民法院核准。最高人民法院以（2002）刑复字第 154 号刑事判决书改判周兆钧无罪。其判决理由如下：“被告人周兆钧于 1953 年获得国务院卫生部颁发的医师证书，已具备了医师从业资格，并从事多年医疗活动，具有一定的医学知识和医疗技术。周兆钧自湖南省靖县人民医院退休后，从 1998 年 10 月起从事医疗活动，虽然未经注册，未取得《医疗机构执业许可证》，不属于《中华人民共和国刑法》第 336 条规定的未取得医生执业资格的人。”上述判决理由清楚地表明，行为人是否取得医生执业资格，只需考查行为人是否具有医师资格等合法行医的实质条件，至于是否具备注册、领取医疗机构执业许可证等合法行医的形式条件，对于判断行为人是否具有医生执业资格，并没有影响。

综上所述，从合理性、合法性以及最高人民法院审判实践等方面都可以得出结论，《刑法》第 336 条规定的医生执业资格，应当理解为合法行医应当具备的实质条件。这种实质条件确实可以说是医生资格和执业资格的统一，但对其中的医生资格和执业资格不能作医师资格和执业资格统一说那样的理解。这里的“医生资格”，应当是指合法行医必须具备的卫生技术职称，如医师、执业医师、执业助理医师；这里的“执业资格”，则是指“医生资格”之外的行医必须具备的表明行为人的医疗技术水平和临床工作经验的其他实质条件，如临床工作年限等。概而言之，医生执业资格就是指有关法律、法规或者部门规章所规定的从事医疗、预防、保健等方面执业活动必须具备的，表明行为人医疗技术水平和临床工作经验的实质性条件。

（三）本案被告人杜志芳是否具有医生执业资格

基于对医生执业资格的上述认识，结合本案有关事实和证据，笔者认为，本案被告人杜志芳已经取得了医生执业资格。

1. 杜志芳具有医师职称，已经具备执业医师资格的实质条件。从有关案件材料来看，杜志芳早在 1998 年以前就已经取得了医师资格。这一点河南省固始县卫生局于 2003 年 4 月 21 日出具的证明中已经明确指出。本案一、二审法院也对这一证据的证明力进行了确认。杜志芳所取得的医师资格虽然并不是《执业医师法》所规定的执业医师资格，但根据《执业医师法》第 43 条以及卫生部、人事部 2000 年 6 月 28 日颁布实施的《具有医学专业技术职务任职资格人员认定医师资格及执业注册办法》第 3 条规定，已取得医师以上专业技术职务任职资格的，可以申请执业医师资格。这表明，在《执业医师法》颁布之前已经取得医师职称的人员，已经具备执业医师资格的实质条件，可以直接申请执业医师资格，而无须再参加执业医师资格考试。杜志芳正好是在执业医师法颁布以前就已经取得医师职称。因此，根据有关法律和规章的规定，杜志芳应当属于已经取得医师资格的人。

2. 杜志芳在取得医师职称后，继续在医疗机构中行医，工作年限早已超过了 5 年。从案件材料可以知道，杜志芳在取得医师资格以后，一直在医疗机构中继续从事行医活动，到 2002 年，她在医疗机构中执业的时间早已经超过 5 年。因此，她已经具备申请个体行医的其他实质条件。

综上所述，杜志芳已经完全具备了开展个体行医应当具备的实质条件，因而已经取得医生执业资格。本案两审法院由于将医生执业资格理解为《执业医师法》所规定的从事诊疗活动所必须具备的条件，因而认为杜志芳只有在同时具备以下三方面条件的情况下，才可能取得医生执业资格：①通过执业医师资格考

试，取得医生执业资格。②进行注册，领取医师执业证书。③注册后在医疗、预防、保健机构中执业满5年。基于对医生执业资格的这样一种认识，必然会得出杜志芳不具备医生执业资格的结论。可见，正确判断杜志芳是否具有医生执业资格，关键在于确立一个合理合法的医生执业资格判断标准。这一前提问题解决不好，必然会影响最终的判断结论。

顺便指出，对那些已经取得"医生执业资格"的人员非法行医，并非放任不管，而是应根据不同情况进行处理：如果没有触犯其他刑法条文，没有构成其他犯罪，则只需给予行政处罚；如果触犯了其他刑法条文，构成其他犯罪，则应当以行为人所触犯的其他罪名追究其刑事责任，比如，已经取得医生执业资格的人非法行医，在行医过程中过失致就诊人死亡的，可以考虑以过失致人死亡罪追究其刑事责任。

六、医疗机构执业许可证与医生执业资格的关系

在本案二审判决书中，有一条判决理由值得关注，即二审法院认为，北京市丰台区卫生局出具的证据材料证实，被告人杜志芳未经丰台区卫生局批准，未取得医疗机构执业许可证，属于非法行医，并以此驳斥被告人的辩护人关于杜志芳已经取得医生执业资格的辩护理由，进而认定杜志芳未取得医生执业资格。根据这一认定，可以知道二审法院显然认为个体行医者领取医疗机构执业许可证是其取得医生执业资格的必备条件。而按照笔者在前文已经阐明的观点，二审法院的这一认定结论和理由显然都是不能成立的。由于笔者在前文没有对这一问题展开论述，同时考虑到医疗机构执业许可证与医生执业资格之间还存在其他需要澄清的关系，因此，笔者在此设一个专题探讨医疗机构执业许可证与医生执业资格的关系。

（一）医疗机构执业许可证不是医生执业资格的要素

对于取得医生执业资格是否包含行为人所在医疗机构必须具有医疗机构执业许可证这一问题，目前理论界和实务部门主要存在三种观点。第一种观点认为，有医生执业资格而未取得开业执照（即医疗机构执业许可证）行医的，不属于非法行医。[①] 这里的开业执照，就是指卫生管理部门颁发的医疗机构执业许可证。按照这种观点，"医生执业资格"仅限于有关法律、法规、规章规定的申请执业必须具备的卫生技术职称、医师执业证书、临床工作年限等条件，行为人是否领

---

① 参见欧阳涛等主编：《易混淆罪与非罪、罪与罪的界限》，中国人民公安大学出版社1999年版，第332页。

取了医疗机构执业许可证，或者他所在医疗机构是否取得医疗机构执业许可证，均不影响其医生执业资格的有无。第二种观点则认为，“医生执业资格”是指医疗机构必须具有《医疗机构执业许可证》，其中的行医人员必须具有相应的行医资格证书或文件。[①] 意即行为人只有在具有医疗机构执业许可证的医疗机构中行医，才算取得了医生执业资格。第三种观点认为，对此问题不能一概而论。在通常情况下，不管行为人是否在取得医疗机构执业许可证的医疗机构中行医，只要其个人的行医资格是合法的，就不宜作为非法行医罪的主体，但是，如果个体行医者本人未取得医疗机构执业许可证，仍然属于未取得医生执业资格的人。[②]

笔者赞同第一种观点，即医疗机构执业许可证的有无对行为人是否取得医生执业资格没有影响，主要理由如下：

1. 主张医生执业资格中包含取得医疗机构执业许可证要素的观点将绝大部分医务人员的医生执业资格的有无建立在他们工作的医疗机构是否合法的基础之上，有欠妥当。关于执业证书，法律中存在两个内容完全不同的概念，一个是医师执业证书，即《执业医师法》第 13 条所规定的取得医师资格的人，向所在地县级以上人民政府卫生行政部门申请注册后，有关部门发给的由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书；另一个是医疗机构执业许可证，即医疗机构和个体医生开业行医必须领取的营业执照。主张医生执业资格包含取得医疗机构执业许可证要素的观点（如医师资格与执业资格统一说）反对“有医生执业资格而未取得开业执照行医的，不属于非法行医”，因而不可能构成非法行医罪的观点。[③] 认为一个人只有他自己开办或者他所在的医疗机构取得了医疗机构执业许可证，他才取得了医生执业资格。这必将得出不合理的结论。下面试述其不合理之处。

我国目前绝大多数医务人员都是在国家、集体或者他人开设的医疗机构中执业，个人开业行医在全体医务人员中所占比例极低。这样，如果以行为人所在医疗机构具有医疗机构执业许可证作为其取得医生执业资格的条件之一，那么，绝大多数医务人员在自身各方面条件都没有变化的情况下，可能今天具有医生执业资格，明天却因为他所在的医疗机构被吊销医疗机构执业许可证而变成未取得医

---

① 参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社 2001 年版，第 296 页。

② 参见杨彩霞：《非法行医罪主体研究》，载赵秉志、张军主编：《中国刑法学年会文集（2003 年度）》（第二卷・下册），中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 703 页。

③ 参见张明楷：《非法行医罪研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第 2 卷），法律出版社 2000 年版，第 49 页。

生执业资格的人。而作为医生执业资格，显然应当是指个人所具有的开展行医活动的条件，他有了这种资格，就具备了在各种医疗机构中执业的条件，至于他所在的医疗机构设置是否合法，与他自身是否具备执业资格显然不是同一个问题。可见，坚持医生执业资格中包含医疗机构执业许可证要素的观点，实际上是将取得医生执业资格应当具备的条件从本来只限于个人方面的条件扩展到与个人自身条件无关的医疗机构合法开展业务应当具备的条件上，使得自身条件并无变化的医务人员随时可能从取得医生执业资格变成未取得医生执业资格，或者从未取得医生执业资格突然又转化为已取得医生执业资格。这样理解医生执业资格，将法律对医疗机构的要求强加于医务人员身上，显然无法与医生执业资格这一概念的本义相符。

2. 认为“医生执业资格”包含行为人所在医疗机构必须领取了医疗机构执业许可证这方面内容的观点，实际上是将“医生执业资格”和“执业医生”混为一谈。

不可否认，医疗机构执业许可证不但是医疗机构开展合法的业务活动必须具备的条件①，与行医者本人是否具备了行医条件同样具有密切联系。所谓具备了行医条件，表明行为人可以立即从事合法的医疗、预防、保健业务或者开业行医。具备了法定的从事行医活动的实质条件以及形式条件的人在没有取得医疗机构执业许可证的医疗机构中行医，仍然属于非法行医，因而本质上仍然不具备行医条件。因此，如果医生执业资格是指法定行医条件，即法定从事医疗、预防、保健业务必须具备的条件，那么，行为人在其中从业的医疗机构必须具有医疗机构执业许可证应当是其取得医生执业资格的要件之一，个人开业行医者也只有领取了医疗机构执业许可证才算取得了医生执业资格。但是，由于医生执业资格并非指法定行医条件，而仅仅是指法定行医条件中的实质条件，因此，行为人在其中从业的医疗机构是否具有医疗机构执业许可证，以及个人开业行医者是否取得医疗机构执业许可证，均不应是他们取得医生执业资格的必备条件，对其是否取得医生执业资格没有影响。

这里需要强调指出，“医生执业资格”和“执业医生”是两个不同的概念。这就如同“执业医师资格”和“执业医师”是两个不同概念一样，是显而易见的。根据《执业医师法》第 2 条的规定，只有那些依法已经取得“执业医师资

---

① 《医疗机构管理条例》第 15 条规定，医疗机构执业，必须进行登记，领取《医疗机构执业许可证》；《医疗机构管理条例实施细则》第 77 条规定，对未取得《医疗机构执业许可证》擅自执业的，责令其停止执业活动，没收非法所得和药品、器械、并处以 3 千元以下罚款。可见，医疗机构只有在领取了《医疗机构执业许可证》之后才能执业，否则便属于非法开展执业活动。

格”，经注册在医疗、预防、保健机构中执业的专业医务人员，才成为“执业医师”。以此类推，只有那些已经取得“医生执业资格”，并且在具有医疗机构执业许可证的医疗、预防、保健机构执业，或者经有关卫生行政部门批准领取了医疗机构执业许可证而执业的专业医务人员，才成为“执业医生”。这就可以非常清楚地看出，行为人是否领取了医疗机构执业许可证，以及是否在取得医疗机构执业许可证的医疗机构中执业，是判断他是否已经成为合法的执业医生的条件，而不是判断他是否具备“医生执业资格”的条件。如果行医者既具备了行医的实质条件，又领取了医疗机构执业许可证或者其所在的医疗机构具有医疗机构执业许可证，他就已经是执业医生而不仅仅是具有医生执业资格。如果取得“医生执业资格”意味着行医者既具备了法定申请执业的条件，又领取了医疗机构执业许可证或者其所在的医疗机构具有医疗机构执业许可证，刑法就不应将非法行医罪的主体规定为“未取得医生执业资格的人”，而应当规定为“非执业医生”。可见，认为“医生执业资格”是指医疗机构领取了医疗机构执业许可证，其中的行医人员必须具有相应的行医资格证书或文件的观点，显然将医生执业资格和执业医生混为一谈了，同时也将医生执业资格和医疗机构合法执业的条件混为一谈了，显然无法令人接受。

3. 认为取得医生执业资格包含领取了医疗机构执业许可证条件的观点，实际上等于取消了非法行医罪的主体必须是“未取得医生执业资格的人”这一限制条件。

医疗机构执业许可证是卫生行政主管部门经过审查，确认医疗机构或者医务人员具备了开业行医的所有条件后颁发的行医执照。依法领取了医疗机构执业许可证，表明有关医疗机构和医务人员具备了法律所规定的开业行医的所有实质和程序条件，已经在合法行医。认为医生执业资格包含医疗机构执业许可证这一要素的论者持论的主要理由是：既然具有相应的行医资格证书的行医人员在没有医疗机构执业许可证的医疗机构中非法行医，也会危害公民生命健康和妨害医疗管理秩序，就没有理由将这种人的非法行医行为排除在非法行医罪之外。[①] 但问题是，即便有相应的行医资格证书的行医人员在有医疗机构执业许可证的医疗机构中行医，甚至是在自己已经领取了医疗机构执业许可证的情况下行医，也同样可能基于各种原因而实施非法行医活动，同样可能危害患者身体健康和妨害医疗管理秩序。例如，甲取得了医师资格，并领取了医疗机构执业许可证，开了一家个

① 参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社 2001 年版，第 296 页。

体医疗机构行医。其执业地点限于A市，业务范围仅限于治疗常见疾病，甲却超出其法定执业地域范围，非法地在B市用有毒的芒硝给癌症患者治病，致使数名病人死亡。显然，甲的行为同样妨害了医疗管理秩序，并危害了患者生命健康。按照上述论者的观点，对甲同样应当以非法行医罪论处。照此推论，岂不是不论是否具有医生执业资格，任何人只要非法从事医疗活动且情节严重，都应当以非法行医罪论处？如此，《刑法》第336条对非法行医罪的主体设立“未取得医生执业资格”这样一个限制条件还有什么意义呢？未领取执业证书而行医，固然属于不具备合法行医条件而行医，行为人已经取得执业医师资格和执业证书，但没有领取医疗机构执业许可证而行医或者在不是依法开办的医疗机构中行医，同样属于不具备合法的行医条件而行医；即便行为人是在上述各方面条件都已经具备的情况下行医，如果他超出医疗机构执业许可证所核定的执业范围开展行医活动，仍然是在不具备合法行医条件的情况下非法开展执业活动。可见，将医生执业资格理解为合法行医必须具备的条件，实际上意味着取消了对非法行医罪主体的限制，任何人都可以成为非法行医罪的主体。正是受这种观念的影响，有人进一步提出，具有医生执业资格的医务人员擅自离开医疗机构非法开设门诊，或者超越医疗机构执业许可证规定的业务范围而行医，亦属非法行医，因此而发生严重后果的，对当事人员应当以非法行医罪追究刑事责任。① 这种观点看似合理，实际上已经违背了《刑法》第336条对非法行医罪主体的限制性规定，因而违反了罪刑法定原则，是不可取的。

坚持医疗机构执业许可证是医生执业资格要素这种观点的论者还认为，将医疗机构具有医疗机构执业许可证排除在取得“医生执业资格”的条件之外，容易引发此罪与彼罪的争议。② 我们认为这种理由无法成立。只要对医生执业资格的理解合乎法理和逻辑，对不同身份的人给予不同的定罪处罚十分正常，算不上是缺陷。相反，如果采纳医疗机构执业许可证必要论者的观点，实际上等于取消了非法行医罪的主体必须是“未取得医生执业资格的人”这一限制条件，这不符合现行刑法的要求。

综上所述，在医生执业资格的界定上，医疗机构执业许可证必要论和部分必要论都存在将医生执业资格和执业医生混为一谈，将取得医生执业资格应当具备的条件和医疗机构合法开展业务应当具备的条件混为一谈的问题。从法律

---

① 参见冯卫国、杜菊：《非法行医罪认定中的若干问题研讨》，载赵秉志、张军主编：《中国刑法学年会文集（2003年度）》（第二卷·下册），中国人民公安大学出版社2003年版，第707页。

② 参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社2001年版，第294页。

上看，这两种观点与《刑法》第336条关于非法行医罪主体的限制性规定不相符合；从合理性上看，这两种观点将两类社会危害性明显不同的非法行医行为混为一谈，不利于突出刑法的打击重点，容易浪费刑法资源，降低刑法效益，因而都是不可取的。因此，个体行医人员领取医疗机构执业许可证，以及非个体行医人员所在医疗机构具有医疗机构执业许可证都不应当是有关医务人员取得医生执业资格的必备条件。相应地，本案二审法院以被告人杜志芳在北京市丰台区行医没有领取医疗机构执业许可证为认定其未取得医生执业资格的理由，显然不能成立。

（二）已领取医疗机构执业许可证的人是否必然具有医生执业资格

取得医生执业资格是申请开业行医的前提条件，因此，在正常情况下，卫生行政管理部门只有在确认申请开业行医者已经取得医生执业资格的情况下，才可能给他颁发医疗机构执业许可证，相应地，已领取医疗机构执业许可证的人通常都是具有医生执业资格的人。但是，实务中，有些个体行医人员本来不具备申请执业条件，却由于多种原因，已经领取医疗机构执业许可证并且正在行医，这些人是否能够由于已经领取了医疗机构执业许可证而当然取得了医生执业资格呢？对这一问题理论界存在三种不同观点，第一种观点认为，未取得医生执业资格的人，就是指未取得医疗机构执业许可证的人，亦即只要取得医疗机构执业许可证，就当然取得了医生执业资格。[①] 第二种观点认为，对医生执业资格的审查，只能是形式上的，而不应对行为人究竟是否具备医生执业资格进行实体审查。其结论与第一种观点相同，即只要领取了医疗机构执业许可证，就应当认定行为人取得了医生执业资格。[②] 第三种观点认为，不能以政府发放的医疗机构执业许可证来判断某个人是否具有医生执业资格；对其是否具备医生执业资格，应看其自身行医条件是否符合当时国家卫生行政部门的法规所规定的行医资格。[③] 笔者对上述三种观点都不敢苟同。一个人医生执业资格的有无是客观的，不以人的意志为转移，只能根据有关医生执业资格的判断标准来确定行为人是否取得医生执业资格。具体而言，即只能以行为人是否具备有关法律、法规或者规章所规定的合法行医应当具备的实质条件来判断行为人是否具备医生执业资格。取得医疗机构执业许可证并不意味着当然具有医生执业资格。

---

① 参见曾朝晖主编：《危害公共卫生犯罪疑难问题司法对策》，吉林人民出版社2001年版，第292页。

② 参见王工、张赞宁主编：《非法行医罪与“三章”系列案》，东南大学出版社2003年版，第49—50页、第330页。

③ 同上注，第32页。

不可否认，医疗机构执业许可证和医生执业资格确实存在紧密联系。通常情况下，只有取得医生执业资格的人才可能领到医疗机构执业许可证，因而取得了医疗机构执业许可证通常表明行为人具有医生执业资格。但两者毕竟是两个不同的概念，二者之间并不存在有此必然有彼的关系。不能排除某些人在不具备医生执业资格的情况下，通过弄虚作假或者拉关系、走后门甚至行贿等不正当手段，或者由于发证机关工作人员审查失误，而领到医疗机构执业许可证。因此，行为人持有卫生行政管理部门颁发的医疗机构执业许可证，并不当然表明他具有医生执业资格，也就不能仅凭行为人已经领取了医疗机构执业许可证便认定其当然取得了医生执业资格。具体到本案，即不能因为杜志芳没有领取医疗机构执业许可证而认定其未取得医生执业资格，即便她已经领取了医疗机构执业许可证，也不能据此认定其当然取得了医生执业资格。判断其是否取得医生执业资格，还是必须以她是否具备法定的行医实质条件为标准。

七、非法行医过程中的紧急救助行为的界定

在我国广大的农村地区以及城乡结合部，有相当一部分人口由于生活贫困，又缺乏医疗保障，没有钱上正规医院看病，这是非法行医现象在农村和城乡结合部屡禁不绝的重要社会原因。由于部分正规医院受利益的驱动和管理体制的制约，经常将无钱看病者粗暴地拒之门外，一些村民只好将生命垂危的病人也送到价格相对低廉，也比较好说话的非法开设的诊所来请求抢救。在这种情况下，非法行医行为就可能转化为紧急救助行为，行为性质相应地从有害于社会变成有益于社会。本案被告人杜志芳的辩护人在庭审过程中提出，杜志芳为受害人张静接生的行为属于紧急救助行为，因而不构成非法行医罪。可见，正确界定非法行医过程中的紧急救助行为，对于正确认定本案性质和处理本案具有重要意义。对于被告人杜志芳在北京市丰台区的行医行为属于非法行医，控辩双方意见一致，但是，对于杜志芳为张静接生这一具体行为究竟属于非法行医，还是已经转化为紧急救助行为，双方观点对立。要弄清哪种观点正确，首先应当确立适当的判断非法行医过程中的紧急救助行为的标准。笔者认为，作为一种紧急救助行为，首先应当具备一般紧急救助行为必须具备的特征，在此基础上，还应当考虑到这种行为发生在非法行医过程中，必须具备能够将其与非法行医行为加以区分的特征。基于上述考虑，笔者认为要成为非法行医过程中的紧急救助行为，应当具备以下条件：

（一）有危及被救助人人身安全的紧急情况存在

这是紧急救助行为存在的起因条件。所谓危及被救助人人身安全的紧急情

况，是指对被救助人身体健康或者生命安全存在严重威胁的情况。所谓危及被救助人身体健康的紧急情况，是指如果不对患者立即予以救助，就可能导致患者肢体残废或者出现其他有损患者身体健康后果的情形。例如，甲在某市城乡结合部非法行医。一天，民工乙在施工过程中手臂受伤，血流不止，赶往甲非法开设的诊所包扎。甲平时并不开展为人包扎伤口的业务，但见乙血流不止，情况较为严重，便赶紧为其进行了伤口包扎处理。甲的行为就具备了成为紧急救助行为的起因条件。所谓危及患者生命安全的紧急情况，则是指如果不对患者立即予以救助，就可能导致患者死亡结果发生的情形。例如，心脏病人病情发作，如不立即进行抢救，通常都会危及生命安全，因而心脏病发作就属于危及患者生命安全的紧急情况。

那么，本案中杜志芳为受害人张静接生的行为是否具备了成为紧急救助行为的起因条件呢？笔者认为已经具备。根据本案案情和一审辩护词的介绍，本案当时的情形是：2002 年初，张静即将生产。由于已经是第三胎，没有准生证，更没有几千块钱接生费，怕医院不接收，于是慌慌张张找到老乡刘世界。刘世界带他们找到杜志芳，要求杜志芳为张静接生。杜志芳开始要他们去医院，此时产妇腹痛加剧，血流加大，孩子马上就要生下来了。此时再不为张静接生，大人孩子恐怕都有生命危险，在这种情况下，杜志芳才答应为张静接生。从案情来看，当时张静即将临产，却又因为没有准生证和接生费而不敢去正规医院生产，稍有常识的人都知道，再拖下去，产妇和婴儿都面临生命危险。也就是说，如果杜志芳再不决定为张静接生，就可能发生产妇张静及其胎儿死亡的严重后果。被告人杜志芳在这种情况下为张静接生，其行为显然已经具备了成为紧急救助行为应当具备的起因条件。

（二）紧急情况正在发生

这是非法行医过程中的紧急救助行为成立的时间条件。所谓紧急情况正在发生，是指紧急情况已经出现，尚未结束。如果紧急情况还没有出现或者已经过去，实际上就不存在所谓的紧急情况，也就不需要紧急救助，当然也就不可能存在所谓的紧急救助行为。在判断紧急情况是否已经出现时，应当注意，并不是只有就诊人的身体健康正在受到损害，或者就诊人正在走向死亡时，才属于这种情形，就诊人的身体健康或者生命安全处于即将受到损害的危急状况中，也应当视为紧急情况已经出现，因而属于紧急情况正在发生。例如，某人误吞下了一包毒品，该毒品的外包装暂时还未破，因而其身体健康和生命安全尚未受到现实的损害，但显然处于即将受到损害的危急状况，此时当然应当视为紧急情况已经出现，所采取的救助行为相应的属于紧急救助。

本案中，紧急情况是否正在发生呢？笔者认为是的，因为紧急情况已经出现。这表现在，杜志芳决定为张静接生时，张静虽然还没有分娩，但已经是腹痛加剧，血流加大，婴儿即将娩出。在张静夫妇根本没有钱也没有准生证，因而不敢去正规医院生产的特殊情况下，如果再不接收张静，她很可能会在没有接生人员在场的情况下分娩，这对于产妇和婴儿的生命安全来说显然都是十分危险的。由此可以清楚地看到，在杜志芳决定为张静接生时，紧急情况显然正在发生，杜志芳的行为具备了成为紧急救助行为的时间条件。

（三）根据当时情况无法将患者送往正规医院诊疗

这是非法行医过程中的紧急救助行为成立的限制条件。由于行为人是在非法行医过程中实施紧急救助行为，因而该行为并没有脱离行医行为的范畴。根据《执业医师法》等医疗管理方面的法律、法规和规章的规定，任何单位或者个人，未取得《医疗机构执业许可证》，不得开展诊疗活动。因此，通常情况下，非法行医者在非法行医过程中即便是实施救助行为，只要该行为属于诊疗行为，依法仍然是被禁止的，符合有关法律规定的做法应当是将该急危患者及时送往正规医院进行救治。只有根据当时的情况，不存在将患者送往正规医院抢救的可能，或者根本来不及将患者送往医院，因而如果不立即进行救治，患者很可能因为得不到及时抢救而发生伤亡的严重后果，才允许非法行医者开展医疗活动，对患者进行抢救。例如，在一辆行驶的列车上，有孕妇甲突然临产，而列车距离最近的医院尚有数十公里，根本来不及将甲送往医院生产。在这种情况下，如果列车上的医务室有能够接生的医师，应当由医师负责给产妇接生，如果医务室中的医务人员没有能够接生的医师或者人手不够，则应当请求列车上乘客中能够接生的人来给产妇接生或者提供帮助。

本案中，被告人杜志芳是否是在无法将患者送往正规医院分娩的情况下为其接生值得探讨。通常，孕妇在即将临产的情况下，仍然来得及送往医院进行分娩，并非无法将其送往正规医院分娩。因此，就常理而言，不能认定杜志芳的接生行为具备本项条件。但问题在于，本案案情存在特别之处：①产妇张静此次怀的已经是第三胎，没有准生证；②他们是农村人口，根本没有钱到正规医院生产，即使去了正规医院，按照目前许多正规医院的通常做法，张静也很可能被拒之门外。正如杜志芳的辩护人在辩护词中所指出：像张静这类在北京打工的人，尽管生活、工作在北京，但他们却不是北京人，北京人的医疗保障他们享受不到。这些收入仅相当于城市居民 1/5 的农村居民到大医院看病，必须支付 100% 的医疗费，如果住院或急救，还要交比治病可能花费的费用高出很多的押金，否则，医院会无情地拒绝给这些没有单位作保障的农村患者诊疗，哪怕她正处于生

命垂危之中。[①] 正是由于上述原因，张静夫妻才一再请求杜志芳为张静接生。即便在杜志芳不肯为张静接生，要求其去医院的情况下，张静夫妻仍然反复请求杜志芳帮忙，而不肯去医院。显然，根据当时的情况，即使杜志芳拒绝为张静接生，张静也很可能不会去正规医院分娩；即便去了，从实际情况来看，医院也很可能不会为其接生。因此，笔者认为，除非有证据证明一旦被告人拒绝为张静接生，张静将前往正规医院生产，否则，根据现有的事实和证据，应当认定当时无法将张静送往正规医院分娩，进而认定本案被告人杜志芳的接生行为具备了成为紧急救助行为应当具备的限制条件。

（四）救助人员不以收取医疗费用为目的

这是紧急救助行为在主观方面应当具备的条件。《刑法》第 336 条虽然没有规定非法行医罪必须以牟利为目的才能构成，但毫无疑问实践中绝大多数的非法行医行为都是为了谋取非法利益而实施的，如果行为人在非法行医过程中遇到处于危难之中的病人而进行紧急救治，同时收取医疗、药品、抢救费用，那么其行为本质上仍然属于一种行医行为。在这种情况下，由于行为人并不具备医生执业资格，本来不得从事行医活动，因而其行为仍然属于非法行医。只不过这种非法行为存在紧急救助成分在内，其社会危害性已经变得很小，有益于社会的成分占主要地位，因而通常不宜作为犯罪处理。但是，并不能因此否认其行为性质属于非法行医。如果行为人在抢救过程中出现失误，致使患者死亡或者身体健康受到严重损害，仍然可以考虑按照非法行医罪来定罪处罚。只有那些没有收取医疗费用的行为，才能视为一种已经超越非法行医的纯粹的紧急救助行为。

从本案一、二审法院确认的事实和证据来看，被告人杜志芳在为张静接生前后，都没有收取张静夫妇任何费用。她是在眼看产妇就要分娩，又不肯也不敢去正规医院生产，实际上也就是不存在上正规医院分娩可能性的情况下，基于老乡情分，为了帮忙而给张静接生。这种行为与那些为了赚钱而给孕妇接生的行为存在本质区别，无论是从行为人的主观故意方面分析还是从行为的社会危害性上看，都不应当归入非法行医之列。

综上所述可以看出，本案被告人杜志芳是在孕妇张静即将临产，又没有钱去也不敢去正规医院分娩，如再不决定为其接生，在张静和胎儿都将面临生命危险的情况下，经张静夫妇以及刘世界一再恳求，才答应为张静接生，在接生前后都

① 这种现象并非个别现象。即便是在“非典”时期，对于“非典”这类特殊的危重病人，一些医院仍然采取了一推了之的做法。参见孙承斌、翟伟：《向困难患者伸出援助之手》，转摘自《嘉兴日报》2003 年 4 月 22 日第 1 版。

没有收取任何费用。因此，其行为性质显然具备了紧急救助行为应当具备的各方面条件，应当认定为在他人处于危难情况下的紧急救助行为，而不能视为非法行医行为。杜志芳的这种行为，既是作为一名具有接生技术的医务人员在道义上应当实施的行为，也是法律要求医务人员应当实施的行为。[①]《执业医师法》第 24 条明确规定，对急危患者，医师应当采取紧急措施进行诊治；不得拒绝急救处置。即将临产又因故无处可去的孕妇，显然属于急危患者，因此，作为有救助能力的杜志芳，在道义上和法律上都应当为张静接生，其为张静接生的行为不但不属于非法行医，而且属于在道义上和法律上都应当予以肯定的救助危难人员的行为。

本案一、二审法院在对杜志芳的接生行为进行定性时，没有认真分析其行为发生的背景，被杜志芳是在没有取得行医执照的情况下非法从事医疗活动这一现象所迷惑，将其非法行医过程中实施的救助急危患者的行为也认定为非法行医行为，在定性上应当是错误的。

八、非法行医行为与就诊人受损害后果之间因果关系的界定

危害行为与危害结果之间因果关系的存在，是追究行为人刑事责任必须确认的问题。非法行医过程中就诊人死亡的情况屡有发生，其中有的是由于非法行医者乱医乱治而造成就诊人死亡，有的则是由于发生了意外情况，与非法行医行为无关。在前种情形中，非法行医行为与患者死亡的危害结果之间存在因果关系，因而对该行为应当按《刑法》第 336 条关于造成就诊人死亡的规定处罚；在后种情形中，非法行医行为和危害结果之间则不存在因果关系，因而不能按《刑法》第 336 条的有关规定处罚。在确认行为人的非法行医行为是否给就诊人身体健康造成了严重损害时，必须严格按照有关法医鉴定程序，依法进行严格鉴定，并确认就诊人身体健康所受损害是由行为人的非法行医行为所致，才能追究行为人的刑事责任。可见，要正确认定和处理非法行医行为，必须注意查明就诊人死亡或者其他危害结果的发生与非法行医行为之间是否存在因果关系，而不能想当然地认为，只要是非法行医，又发生了就诊人死亡或者其他损害结果，两者之间就必然存在因果关系，否则就可能发生错判。本案中，笔者已经在前面否定了被告人杜志芳的行为属于非法行医，再探讨非法行医行为与就诊人受损结果之间的因果

① 当然，作为从事非法行医活动的医务人员是否具有救死扶伤的法定义务，值得进一步探讨。笔者认为，非法行医者的非法行医行为已经使患者产生了信赖感和依赖感，因而在可以期待的情况下，应当承担起该项义务。

关系问题似乎已经没有意义，其实不然。探讨这一问题对于确定被告人杜志芳在本案中的责任仍然具有重要价值，因为如果杜志芳在接生过程中存在过错，进而造成了就诊人的死亡，仍然应当承担相应的责任。而且，公诉机关和两审法院都认为杜志芳的接生行为是非法行医，并且是造成张静死亡的原因，因此，查明本案被告人杜志芳的接生行为与产妇张静最终死亡的结果之间是否存在因果关系，就公诉机关以及法院而言，就是查明非法行医行为与危害结果之间是否存在因果关系，这是追究杜志芳非法行医罪的刑事责任不可缺少的一环，如果不能确认这一点，审判机关是不应当认定杜志芳构成非法行医罪的。可见，探讨非法行医行为和就诊人受损结果之间的因果关系的界定问题，对于正确处理本案仍然具有重要意义。

（一）认定非法行医行为与就诊人受损结果之间因果关系的标准

关于危害行为与危害结果之间因果关系的认定标准，目前刑法理论界尚未达成一致意见，但至少有一点已经达成共识，即如果危害行为和危害结果之间不存在事实上的或者法律上的条件关系，或者说如果不能确认危害行为和危害结果之间存在有前者才有后者这种引起和被引起的关系，就不能说两者之间存在因果关系。所谓引起，就是指正是由于行为人先实施了积极的行为，或者应当实施某种积极行为而不实施，才导致危害结果的发生，行为对结果的发生起了积极的作用。[①] 因此，目前最具有权威性的判断非法行医行为与危害结果之间是否存在因果关系的标准，应当是看非法行医行为与患者伤亡的危害结果之间是否存在有前者才有后者的条件关系。如果两者之间存在这种条件关系，就不能排除两者之间存在因果关系，如果两者之间连这种条件关系都不存在，就可以彻底否定存在因果关系。

具体到非法行医案件中，就是要看是否存在两方面的事实：一是看非法行医者是否具备必要的医疗设备，这种医疗设备的缺乏是否导致在患者出现危险之后，不能够及时采取必要的抢救措施防止危害结果的发生，从而最终造成危害结果的发生；二是看非法行医行为是否存在不当之处，这种不当之处是否对危害结果的发生起到了积极的作用。只要上述两方面的事实存在一项，就应当认定危害行为和危害结果之间存在因果关系。例如，被告人湛某，原系某乡医院内科医生，1994 年退休后来某市定居。1998 年 1 月，湛某未经某市卫生管理部门的批准，擅自开设诊所非法行医。同年 10 月 10 日下午，四川民工黄某陪同其妻董某来到湛某的诊所要求其接生。湛某给董某做产前检查时未查出董某怀的是双胞

① 参见张绍谦：《刑法因果关系研究》，中国检察出版社 1998 年版，第 140 页。

胎。当晚 8 时许，董某分娩出一名女婴。之后，董某仍然喊肚子痛，湛某经检查发现尚有胎儿未娩出，于是给董某静脉点滴催产素。9 时许，董某又娩出一男死婴。湛某未对董某进行产后检查和观察便去为其他就诊人看病。约半小时后，董某突然脸色苍白，呼吸困难，经抢救无效，于数分钟后死亡。经尸检鉴定，董某的死因系羊水栓塞导致过敏性休克呼吸衰竭而死亡，属于意外、难以避免的并发症。有论者据此认为，董某的死亡与湛某的非法行医行为之间不存在因果关系。[①] 笔者认为不能作此简单的理解。正如持论者自己所指出的那样，如果是在合法的医疗过程中，医务人员的医疗行为与患者死亡之间自然不存在因果关系，医务人员也不必承担法律责任，但湛某的非法行医行为与患者死亡结果之间的关系就不能再作此简单理解。[②] 那么，究竟应当怎样理解呢？笔者认为，要确定本案被告人湛某的非法行医行为是否和董某的死亡结果之间存在因果关系，必须查明：

（1）如果在正常的医疗机构中分娩，是否必须做产前检查；在给董某做产前检查时，是否能查明她怀的是双胞胎；如果能查明董某怀的是双胞胎并采取相应的分娩措施，能否防止羊水栓塞？如果上述三方面问题的答案都是肯定的，就说明被告人湛某的行为存在过错，并且这种过错对董某死亡产生了积极的作用，因而其非法行医行为与董某的死亡结果之间存在因果关系。

（2）如果在正常的医疗机构中分娩，在接生过程中是否必然会发现董某怀的是双胞胎；如果发现董某怀的是双胞胎之后采取相应的措施，能否防止羊水栓塞？如果答案是肯定的，也应当认定湛某的非法行医行为与董某的死亡结果之间存在因果关系。

（3）如果在正常的医疗机构中分娩，在发现董某尚有婴儿未娩出时，给其静脉点滴催产素是否属于可以选择的措施；如果静脉点滴催产素不适当，采取其他措施是否能够避免羊水栓塞？如果答案是肯定的，也应当认定湛某的非法行医行为与董某的死亡结果之间存在因果关系。

（4）湛某在董某又娩出一男死婴后，是否应当对董某进行产后检查和观察；如果对董某进行产后检查和观察，能否及时发现并防止羊水栓塞？如果答案是肯定的，也应当认定湛某的非法行医行为和董某的死亡之间存在因果关系。只有在上述四方面的问题答案均为否定或者不能确定，才可以认定二者之间不存在因果

① 参见冯卫国、杜菊：《非法行医罪认定中的若干问题研讨》，载赵秉志、张军主编：《中国刑法学年会文集（2003 年度）》（第二卷·下册），中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 710—711 页。

② 同上注，第 711 页。

关系。原因在于上述四方面的行为都属于湛某非法行医过程中的具体诊疗活动，这些行为（包括作为和不作为）如果存在失误，就属于刑法中的危害行为，而这些行为对董某死亡结果的发生显然都产生了积极的作用，存在引起和被引起的关系。

值得注意的是，在国外，有学者就如何确认医疗行为和患者受损结果之间的因果关系提出了所谓的“疫学上的因果关系”说，认为“某因子与疾病之间的关系，即使不能够从医学、药理学等观点进行详细的法则性证明，但根据统计的大量观察，认为其间具有高度的盖然性时，就可以肯定存在因果关系。”[①] 在我国也有人主张将疫学因果关系论运用于对传染病犯罪因果关系的认定。[②] 不过，国外也有学者认为，在“这种情况下，既然没有从医学、药理学的角度严密地确认存在科学的条件关系，就不能以它为基础肯定刑法上的因果关系。”[③] 笔者认为，所谓疫学上的因果关系，实际上只不过是因果关系盖然性说在医学领域的运用。由于盖然性说本身存在无法克服的缺陷，因而如果将其运用于对医疗行为和患者受损结果之间因果关系的判断，必然也存在相应的缺陷，即可能将某些本来与危害结果不存在因果关系的医疗行为误认定为是导致危害结果发生的原因。因此，如果不能确认医疗行为和患者受损结果之间存在条件关系，还是不宜认定二者之间存在因果关系为妥。

（二）杜志芳的涉案行为与张静的死亡结果之间是否存在因果关系

根据上述判断医疗行为和患者受损结果之间因果关系的标准，判断本案被告人杜志芳的涉案行为与张静死亡的结果之间是否存在因果关系，应当查明以下两方面的情况：①杜志芳开办的私人诊所内有关接生的医疗设备是否齐全，是否存在因为医疗设备不全而导致相应的抢救措施不能实施的情形。②杜志芳在接生过程中是否存在操作失误，这种失误是否对张静死亡结果的发生产生了积极的作用。笔者认为，从本案基本案情来看，上述两方面的情况都是存在的。

（1）杜志芳开办的私人诊所内产妇抢救设备不全，并导致了有关抢救措施不能实施。从有关案件材料可以看出，由于杜志芳的私人诊所内缺乏当产妇出现产后大出血现象时相应的急救设备，当发现张静出现产后大出血症状时，未能及时进行抢救，而只能匆忙送往医院，以致延误了抢救时间，最终导致张静因没有得

---

① 参见［日］大塚仁：《犯罪论基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 104 页。

② 参见庄劲：《论传染病犯罪因果关系的认定——疫学因果关系理论的借鉴与运用》，载赵秉志、张军主编：《中国刑法学年会文集（2003 年度第 2 卷下册）》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 669 页。

③ 参见［日］大塚仁：《犯罪论基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 105 页。

到及时抢救而死亡。这显然属于有关接生的医疗设备不全而导致相应的抢救措施不能实施的情形。

（2）从整个接生过程来看，杜志芳存在操作上的失误。杜志芳及其辩护人认为，从本案一、二审法院所确认的证据来看，杜志芳在接生过程中并不存在操作上的失误。表现在以下两个方面：①通观全案，没有任何证据证明杜志芳在为张静接生过程中存在操作上的失误，更没有证据证明杜志芳的接生操作造成了张静产后大出血进而死亡。②有较为充分的证据证明张静的死亡是由于其他原因造成。

这些证据主要有：①胎儿过大，而孕妇身材相对较小。根据案件材料，张静娩出的婴儿重达 10 斤，属于巨大儿，而张静本人身高仅 1.54 米。根据妇产科大夫介绍，这种情形很可能导致产后大出血。②张静产后与丈夫发生争执。证人王启全（杜志芳丈夫）证明，杜志芳为张静接生后，张静与其丈夫李登山发生争执，后来发现张静产后出血。根据妇产医学理论，产妇产后情绪剧烈波动，可能诱发子宫收缩乏力，造成产后大出血。③从张静产后大出血的时间推算，造成其产后大出血的应当是杜志芳接生之外的其他原因。有关本案案件材料显示，杜志芳在为张静接生后，至少继续观察了半个小时，在并未出现产后大出血等异常迹象后才离开。产后两个多小时，李登山才来找杜志芳说张静心里难受，而正常情况下，产妇产后大出血在 30 分钟左右就会有生命危险，严重者 15 分钟后就有生命危险。从时间上推算，张静的产后大出血应当是在分娩一个多小时以后才发生，这一时间与张静夫妇吵架后的时间大致相符合，从而进一步证明张静产后大出血是由杜志芳接生之外的其他原因所造成。

笔者对上述辩护理由不能苟同。不可否认，就杜志芳的接生行为而言，确实找不出操作上的失误，但是，杜志芳在为张静接生之后，存在以下两方面的明显失误：①没有采取必要的措施防止产后大出血情况的发生。从案情可以知道，张静生下的是一个重达 10 斤的巨大儿，而她本人身高仅 154 厘米，发育仅属正常，营养也是中等。这样相对较弱小的身体生下一个如此巨大的婴儿，对产道的损伤显然是比较严重的，因而对张静产后的伤口进行缝合显然是必要的。可是，杜志芳在为张静接生后并没有为张静实施伤口缝合手术，这是在操作过程中的明显失误。②没有按时对张静产后情况进行观察。对产妇分娩后一定时间内按时进行观察是产妇护理的基本要求，本案中，杜志芳在为张静接生后，仅仅观察了半个小时就没有继续定时复查了，直到两个多小时后，李登山来找她说张静心里难受，才又回来检查。以致未能及时发现张静发生了产后大出血，耽误了抢救时间，最终造成张静死亡结果的发生。可见，杜志芳在对张静的护理方面也存在明显失误，这种失误也是导致张静最终死亡的重要原因。

综上所述，可以清楚地看到，被告人杜志芳的涉案行为虽然从性质上看属于紧急救助，但在实施该行为的过程中，存在明显失误，而且由于其非法开办的私人诊所中医疗设施不全，在张静出现产后大出血时，缺乏开展紧急抢救的条件，不得不临时匆忙将其送往医院，最终导致张静由于没有得到及时抢救而死亡。基于上述理由，笔者认为，应当认定本案中被告人杜志芳的涉案行为与张静死亡的结果之间存在因果关系，杜志芳应当承担相应的法律责任。不过，在此需要强调指出，由于本案中杜志芳属于已经取得医生执业资格的人，不具备犯非法行医罪的主体条件，其行为性质也不是非法行医，而是紧急救助处于急危状况中的孕妇，因此，虽然杜志芳的涉案行为与张静死亡的结果之间存在因果关系，但她并不因此而构成非法行医罪。

本案一、二审法院虽然认定杜志芳的涉案行为是造成张静死亡的原因，但在理由阐述上明显不足，并且出现了明显失误，这主要体现在以下两方面：其一，两审法院都错误地将张静死亡的原因由“分娩时子宫颈多处破裂出血，致急性失血性休克死亡”更改为“分娩时子宫多处破裂出血，致急性失血性休克死亡”。“子宫颈多处破裂出血”和“子宫多处破裂出血”是两种性质大不相同的现象，前者是产妇自然分娩时的正常现象，只不过在程度上因产妇和婴儿的情况不同而有所不同，后者则说明接生者在助产时存在严重的技术操作失误。两审法院都将前一种情况误当作后一种情况，显然是错误的。其二，两审法院都是在没有列举必要的证据证明杜志芳在为张静接生过程中存在操作上的失误，也没有列举必要的证据证明是由于杜志芳的涉案行为造成张静未能得到及时抢救而死亡的情况下，草率认定是杜志芳的接生行为造成了产妇张静死亡，结论虽然能够成立，理由却是一片空白，这样的判决显然是不能令人信服的，因而也是不成功的。

九、结语

本论文结合杜志芳非法行医案，较为详细地探讨了非法行医罪中四个方面的问题：①如何判断行为人医生执业资格的有无？②医疗机构执业许可证的有无对医生执业资格会产生何种影响？③如何界定非法行医过程中的紧急救助行为？④如何判断非法行医行为与就诊人受损害结果之间是否存在因果关系？试图尽力做到理论联系实际，既有的放矢，不脱离案情空谈，又不过分拘泥于案情，影响学术价值。

对于医生执业资格的判断，笔者认为，医生执业资格应当是指行医应当具备的实质条件。所谓行医应当具备的实质条件，是指行为人一旦具备，就可以依法进行注册、领取医师执业证书，进而申请在医疗机构中行医或者个体开业行医的

条件。行为人一旦具备行医的实质条件，只要愿意，就可以通过办理某些手续从而取得医师执业证书或者医疗机构执业许可证。这些条件是由有关法律、法规加以规定的。本案被告人杜志芳具有医师职称，并且在取得医师职称后，继续在医疗机构中行医，工作年限早已超过了5年。已经具备了个体开业行医的实质条件，因而已经取得了医生执业资格。

在论及医疗机构执业许可证对医生执业资格的影响时，笔者提出，医疗机构执业许可证不是医生执业资格的要素，因此，不能因为行为人没有领取医疗机构执业许可证而认定其未取得医生执业资格。主张医生执业资格中包含取得医疗机构执业许可证要素的观点将绝大部分医务人员的医生执业资格的有无建立在他们工作的医疗机构是否合法的基础之上，将“医生执业资格”和“执业医生”混为一谈，实际上等于取消了非法行医罪的主体必须是“未取得医生执业资格的人”这一限制条件。从法律上看，这类观点与《刑法》第336条关于非法行医罪主体的限制性规定不相符合；从合理性上看，这类观点将两类社会危害性明显不同的非法行医行为混为一谈，不利于突出刑法的打击重点，容易浪费刑法资源，降低刑法效益，因而都是不可取的。

另外，由于取得医生执业资格是申请行医的前提条件，因此，已领取医疗机构执业许可证的人通常都是具有医生执业资格的人，但是，不能仅凭行为人已经领取了医疗机构执业许可证便认定其当然取得了医生执业资格。具体到杜志芳案，不能因为杜志芳没有领取医疗机构执业许可证而认定其未取得医生执业资格，即便她已经领取了医疗机构执业许可证，也不能据此认定其当然取得了医生执业资格。

关于非法行医行为在何种情况下转化为紧急救助行为，笔者认为，要成为非法行医过程中的紧急救助行为，应当具备以下条件：①必须有危及被救助人身体健康或者生命安全的紧急情况存在；②紧急情况必须正在发生；③必须是根据当时的情况，不存在将患者送往正规医院诊疗的可能；④实施紧急救助的人员必须没有收取医疗费用。本案被告人杜志芳是在孕妇张静即将临产，又没有钱去也不敢去正规医院分娩，如再不决定为其接生，张静将面临生命危险的情况下，经张静夫妇以及刘世界一再恳求，才答应为张静接生，在接生前后都没有收取任何费用。因此，其行为性质显然具备了紧急救助行为应当具备各方面条件，应当认定为在他人处于危难情况下的紧急救助行为，而不能视为非法行医行为。本案一、二审法院在对杜志芳的接生行为进行定性时，没有认真分析其行为发生的背景，被杜志芳是在没有取得行医执照的情况下非法从事医疗活动这一现象所迷惑，将其非法行医过程中实施的救助急危患者的行为也认定为非法行医行为，在定性上

显然是错误的。

关于如何判断非法行医行为与就诊人受损害结果之间的因果关系，笔者认为，目前最具有权威性的判断非法行医行为与危害结果之间是否存在因果关系的标准，应当是看非法行医行为与患者伤亡的危害结果之间是否存在引起和被引起的条件关系。如果两者之间存在条件关系，就不能排除两者之间存在因果关系，如果两者之间连条件关系都不存在，就可以彻底否定存在因果关系。具体而言，一是要看非法行医者是否不具备必要的医疗设备，这种医疗设备的缺乏是否导致在患者出现危险之后，不能够及时采取必要的抢救措施防止危害结果的发生；二是要看非法行医行为是否存在不当之处，这种不当之处是否对危害结果的发生起到了积极的作用。只要上述两方面的事实存在一项，就应当认定危害行为和危害结果之间存在因果关系。从本案基本案情来看，上述两方面的情况都是存在的。

基于上述分析判断，笔者认为，被告人杜志芳虽然应当对产妇张静死亡的结果承担一定责任，但由于杜志芳属于已经取得医生执业资格的人，其为张静接生的行为有紧急救助性质，因此，并不构成非法行医罪。本案两审法院对被告人杜志芳的主体资格和行为性质都作出了错误的认定，作出的判决结论难免错误。

（撰稿人　姚文娟*）

* 北京市海淀区人事局干部，法学硕士。

附录一：

北京市丰台区人民法院
刑事附带民事判决书

（2003）丰刑初字第1204号

公诉机关：北京市丰台区人民检察院

附带民事诉讼原告人张同彬，男，1945年9月6日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡李瓦房村。被害人之父。

附带民事诉讼原告人陈玉英，女，1946年10月11日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡李瓦房村。被害人之母。

附带民事诉讼原告人李广林，男，1946年8月27日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人的公公。

附带民事诉讼原告人周桂荣，女，1946年2月19日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人的婆婆。

附带民事诉讼原告人李超建，男，1992年12月2日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人之长子。

附带民事诉讼原告人李娟，女，1998年11月2日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人之长女。

附带民事诉讼原告人李留剑，男，2002年1月3日出生，汉族，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人之次子。

附带民事诉讼原告人暨附带民事诉讼原告人李超建、李娟、李留剑的法定代理人李登山，男，1970年12月2日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人之夫。

附带民事诉讼原告人张同彬、陈玉英、李广林、周桂荣、李超建、李娟、李留剑、李登山的诉讼代理人黄治中，北京市国汇律师事务所律师。

被告人杜志芳，女，1967年9月4日出生，汉族，出生地河南省，中专文化，无业，住河南省固始县蒋集镇马巷街。因涉嫌犯非法行医罪，于2003年3月2日被羁押，2003年4月3日被逮捕。现羁押于北京市丰台区看守所。

辩护人兼诉讼代理人赵军，北京市铭泰律师事务所律师。

北京市丰台区人民检察院以京丰检刑诉字（2003）第 569 号起诉书指控被告人杜志芳犯非法行医罪，于 2003 年 9 月 15 日向本院提起公诉。在诉讼过程中，附带民事诉讼原告人向本院提起附带民事诉讼。本院依法组成合议庭，公开开庭进行了合并审理。因本案附带民事诉讼，经本院院长批准，延长审限两个月。北京市丰台区人民检察院指派代理检察员陈志红出庭支持公诉，附带民事诉讼原告人暨附带民事诉讼原告人李超建、李娟、李留剑的法定代理人李登山、附带民事诉讼原告人张同彬、陈玉英、李广林、周桂荣、李超建、李娟、李留剑、李登山的诉讼代理人赵军，证人王启全均到庭参加诉讼。现已审理终结。

北京市丰台区人民检察院起诉书指控：

2002 年 1 月 3 日 4 时许，被告人杜志芳在本市丰台区六圈秦李庄，在未取得医生执业资格的情况下，非法为被害人张静接生，后张静分娩时子宫颈多处破裂出血，致其急性失血性休克死亡，后被查获。

公诉机关对其指控的犯罪事实向法庭提供了相关的证人证言、鉴定结论、书证及被告人的供述等证据，认为被告人的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 326 条第 1 款之规定，构成非法行医罪。提请本院依法惩处。

附带民事诉讼原告人要求被告人杜志芳赔偿丧葬费10 922元，住宿费人民币 1 526元，交通费人民币3 372元，法医鉴定费26 400元，死亡补偿费人民币 15 万元，被抚养人必要的生活费，其中赔偿被害人父母人民币共129 600元、被害人公婆人民币68 400元、被害人子女人民币154 440元，共计人民币547 142元。

附带民事诉讼原告人向法庭提供了相应的书证在案为证，要求杜志芳赔偿。

被告人杜志芳辩称认为自己在原籍有医生资格，此次为人接生不是非法行为；对于民事赔偿责任，被告人杜志芳认为不应由自己全部承担，被害人一方亦有责任。其辩护人认为被告人杜志芳的接生过程存在明显的紧急救助情节；现有证据不能确定被告人杜志芳的接生过程是造成产后大出血的原因；被告人杜志芳在原籍已经取得医生资格，不属于非法行医的主体。辩护人还认为被告人杜志芳从正规院校毕业，毕业后在国家医疗机构工作十几年，具备《执业医师法》对获得医生执业资格形式要件的规定，被告人杜志芳具有医生执业资格。辩护人认为本案事实不清、证据不足，主体界定与刑法规定明显不符，存在明显的犯罪类推成分，基本事实中存在多处疑点，犯罪的逻辑线索不清楚，从犯罪行为到结果之间的逻辑链条不完整，建议法庭依照罪刑法定和疑罪从无的原则，对被告人杜志芳宣告无罪。对于民事赔偿部分，被告人杜志芳及其诉讼代理人认为应当区分双方的责任；辩护人并提供如下证据：申请证人王启全出庭作证，并向法庭提交了

被告人杜志芳在原籍取得医生资格的相关证据材料。

经审理查明：2002年1月3日4时许，被告人杜志芳在本市丰台区六圈秦李庄，在未取得医生执业资格的情况下，非法为被害人张静接生，后张静分娩时子宫多处破裂出血，致急性失血性休克死亡。被告人杜志芳后被查获。案发后，被告人之夫已支付了被害人张静在丰台区医院抢救的费用500余元，并向被害人之夫李登山支付了人民币5 000元。

此项事实，公诉机关向法庭提供下列证据：（1）证人李登山证言证实，自己与妻子张静去被告人杜志芳开设的诊所生小孩，经被告人接生后，孩子成活，张静因产后大出血死亡的过程，以及在案发后，被告人一方已经支付了在丰台区医院的治疗费用以及人民币5 000元的情况。（2）证人刘世界证言证实，李登山夫妇生小孩要找人接生，后经其介绍到杜志芳开设的诊所生小孩的情况，以及听说李登山的妻子在生小孩后死亡的情况。（3）证人邱华证言证实，2002年1月3日上午在丰台医院接诊了一个产后大出血的病人，该病人经抢救无效死亡的情况。（4）证人王立珍证言证实，2002年1月3日上午在丰台区医院接诊了一个产后大出血的病人，该病人经抢救无效死亡的情况。并指出产妇系因产后大出血造成失血性休克死亡。（5）证人胡旭林证言证实，造成产后出血可能出现的几种原因，并指出发现产后出血应当立即送往医院进行缝合救治，助产士为产妇接生必须有执业证，而且是经过考核合格，自己才能独立接生，而且有严格的审批制度。（6）北京市公安局刑事科学技术鉴定书证实，张静系分娩时子宫多处破裂出血，致急性失血性休克死亡。（7）北京市丰台区卫生局出具的证明证实，被告人杜志芳未经丰台区卫生局批准，未取得医疗机构执业许可证，属于非法行医。（8）河南省固始县卫生局出具的证明证实，被告人杜志芳有学历、有职称，但未办执业资格手续。（9）公安机关出具的抓获经过证实，2003年3月2日晚10时30分许在郑州市将被告人杜志芳抓获的情况。上述证据经当庭质证属实，本院予以确认。

被告人杜志芳的辩护人向法庭提供下列证据：（1）证人王启全出庭作证证实：张静到自己与杜志芳开设的诊所生小孩，杜志芳为张静接生了一个婴儿，后杜志芳去休息，张静与其丈夫李登山发生争执，后发现张静产后出血，便立即送往医院的情况；并证实发现被害人出血到送到医院救治约50分钟左右。（2）相关书证证实，被告人杜志芳毕业于南阳卫生学校。1987至1998年在固始县蒋集镇中心医院从事医生工作，其间杜志芳获得医师资格。在该院工作期间，无任何不良记录。上述证据经法庭质证属实，本院予以确认。

附带民事诉讼原告人的经济损失为：丧葬费人民币6 462元，死者生前需要

扶养的人张同彬必要的生活费人民币36 720元、陈玉英必要的生活费人民币38 880元、李超建必要的生活费人民币9 720元、李娟必要的生活费人民币16 200元、李留剑必要的生活费19 440元。

本院认为，被告人杜志芳未取得医生执业资格而非法行医，致人死亡，其行为构成非法行医罪，应予处罚。北京市丰台区人民检察院指控罪名成立。被告人杜志芳的犯罪行为给附带民事诉讼原告人造成的经济损失应予以合理赔偿，被害人在案件起因上负有责任，应自负相应的经济损失。关于被告人杜志芳及其辩护人的意见，本院认为，辩方没有综合全案考虑。辩方向法庭提供的证据以及辩解意见均证实被告人杜志芳在原籍曾经从事过医疗行业，具有一定的医疗技术，但不能证实其在北京行医行为的合法性。被告人杜志芳行医时间是在中华人民共和国《执业医师法》实施以后，被告人杜志芳是否具有“医生执业资格”，要看其是否具备《执业医师法》所规定的从事诊疗活动所必须具备的条件。具体而言，在医疗、预防、保健机构中从事医疗、预防、保健业务的人员，应当同时具备以下两项条件：（1）通过执业医师资格考试，取得执业医师资格或者执业助理医师资格；（2）在所在地县级以上卫生行政部门注册，领取由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书。如果是申请个体行医，则必须同时具备以下条件：（1）通过执业医师资格考试，取得医师资格。执业助理医师没有申请个体行医的资格。（2）在所在地县级以上卫生行政部门注册，领取由国务院卫生行政部门统一印制的医师执业证书。（3）注册后在医疗、预防、保健机构中执业满五年。被告人杜志芳在本案中不具有“医生执业资格”。被告人杜志芳在北京市非法行医，造成就诊人死亡，其行为符合非法行医罪的构成要件，故本院对被告人及其辩护人的意见不予采纳。附带民事诉讼原告人要求赔偿死亡赔偿金及要求赔偿被害人公婆李广林、周桂荣赡养费的诉讼请求没有法律依据，本院不予支持，要求赔偿丧葬费、抚养费、赡养费的数额过高，本院将依据法律规定和相关的证据予以判定。据此，根据本案的具体案情，对被告人杜志芳依照《中华人民共和国刑法》第 336 条第 1 款、第 52 条、第 53 条、第 55 条第 1 款、第 56 第 1 款、第 36 条第 1 款、第 61 条和《中华人民共和国民法通则》第 119 条、第 131 条的规定，判决如下：

一、被告人杜志芳犯非法行医罪，判处有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 2 年，并处罚金人民币 10 000 元（刑期自判决执行之日起计算。判决执行前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 2003 年 3 月 2 日起至 2013 年 3 月 1 日止。罚金于本判决生效后 1 个月内缴纳）。

二、被告人杜志芳赔偿附带民事诉讼原告人李登山经济损失人民币 5 169 元

1角，赔偿张同彬赡养费人民币29 376元，赔偿陈玉英赡养费人民币31 104元，赔偿李超建抚养费人民币7 776元，赔偿李娟抚养费人民币12 960元，赔偿李留剑抚养费人民币15 552元（已先期支付人民币5 000元，剩余人民币96 937元6角于本判决生效后1个月内缴纳）。

三、驳回附带民事诉讼原告人李广林、周桂荣的诉讼请求；驳回附带民事诉讼原告人李登山、张同彬、陈玉英、李超建、李娟、李留剑的其他诉讼请求。

如不服本判决，可于接到判决书的第2日起10日内，通过本院或直接向北京市第二中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应提交上诉状正本1份、副本两份。

审判长：云强

人民陪审员：马仁和

人民陪审员：于准鳌

2003年11月29日

书记员：李征

附录二：

北京市第二中级人民法院
刑事附带民事裁定书

(2004) 二中刑终字第 81 号

公诉机关：北京市丰台区人民检察院

上诉人（原审附带民事诉讼原告人）张同彬，男，1945 年 9 月 6 日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡李瓦房村。被害人之父。

上诉人（原审附带民事诉讼原告人）陈玉英，女，1946 年 10 月 11 日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡李瓦房村。被害人之母。

上诉人（原审附带民事诉讼原告人）李广林，男，1946 年 8 月 27 日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人的公公。

上诉人（原审附带民事诉讼原告人）周桂荣，女，1946 年 2 月 19 日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人的婆婆。

上诉人（原审附带民事诉讼原告人）李超建，男，1992 年 12 月 2 日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人之长子。

上诉人（原审附带民事诉讼原告人）李娟，女，1998 年 11 月 2 日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人之长女。

上诉人（原审附带民事诉讼原告人）李留剑，男，2002 年 1 月 3 日出生，汉族，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人之次子。

上诉人（原审附带民事诉讼原告人暨原审附带民事诉讼原告人李超建、李娟、李留剑的法定代理人）李登山，男，1970 年 12 月 2 日出生，汉族，出生地河南省，农民，住河南省淮阳县葛店乡杀猪李庄。被害人之夫。

附带民事诉讼原告人张同彬、陈玉英、李广林、周桂荣、李超建、李娟、李留剑、李登山的诉讼代理人张保良，男，1945 年 8 月 3 日出生，农民，住河南省淮阳县城关镇前进街 34 号。

附带民事诉讼原告人张同彬、陈玉英、李广林、周桂荣、李超建、李娟、李留剑、李登山的诉讼代理人黄治中，男，47 岁，住北京市丰台区丰北路 8 号。

上诉人（原审被告人）杜志芳，女，1967年9月4日出生，汉族，出生地河南省，中专文化，无业，住河南省固始县蒋集镇马巷街。因涉嫌犯非法行医罪，于2003年3月2日被羁押，2003年4月3日被逮捕。现羁押于北京市丰台区看守所。

辩护人赵军，北京市铭泰律师事务所律师。

北京市丰台区人民法院审理北京市丰台区人民检察院指控被告人杜志芳犯非法行医罪一案，于2003年11月29日作出（2003）丰刑初字第1204号刑事附带民事判决。附带民事诉讼原告人、被告人均不服，分别提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问被告人，听取了附带民事诉讼原告人之诉讼代理人的代理意见及被告人的辩护人的辩护意见，认为本案事实清楚，决定不开庭审理。现已审理终结。

北京市丰台区人民法院判决认定：2002年1月3日4时许，被告人杜志芳在本市丰台区六圈秦李庄，在未取得医生执业资格的情况下，非法为被害人张静接生，后张静分娩时子宫多处破裂出血，致急性失血性休克死亡。被告人杜志芳后被抓获。案发后，被告人之夫已支付了被害人张静在丰台区医院抢救的费用500余元，并向被害人之夫李登山支付了人民币5 000元。

上述事实，有下列证据予以证实：

（1）证人李登山证言证实，自己与妻子张静去被告人杜志芳开设的诊所生小孩，经被告人杜志芳接生后，孩子成活，张静因为产后大出血死亡的过程，以及在案发后，被告人一方已经支付了在丰台区医院的治疗费用以及人民币5 000元的情况。（2）证人刘世界证言证实，李登山夫妇生小孩要找人接生，后经其介绍到杜志芳开设的诊所生小孩的情况，以及听说李登山的妻子在生小孩后死亡的情况。（3）证人邱华证言证实，2002年1月3日上午在丰台医院接诊了一个产后大出血的病人，该病人经抢救无效死亡的情况。（4）证人王立珍证言证实，2002年1月3日上午在丰台医院接诊了一个产后出血产妇，后产妇失血性休克死亡。（5）证人胡旭林证言证实，造成产后出血可能出现的几种原因，并指出发现产后出血应当立即送往医院进行缝合救治，助产士为产妇接生必须有执业证，而且是经过考核合格，自己才能独立接生，而且有严格的审批制度。（6）北京市公安局刑事科学技术鉴定书证实，张静系分娩时子宫多处破裂出血，致急性失血性休克死亡。（7）北京市丰台区卫生局出具的证明证实，被告人杜志芳未经丰台区卫生局批准，未取得医疗机构执业许可证，属于非法行医。（8）河南省固始县卫生局出具的证明证实，被告人杜志芳有学历、有职称，但未办执业资格手续。（9）公安机关出具的抓获经过证实，2003年3月2日晚10时30分许在郑州将被告人杜

志芳抓获的情况。（10）证人王启全出庭作证证实，张静到自己与杜志芳开设的诊所生小孩，杜志芳为张静接生了一个婴儿，后杜志芳去休息，张静与其丈夫李登山发生争执，后发现张静产后出血，便立即送往医院的情况；并证实发现被害人出血到送到医院救治约 50 分钟左右。（11）相关书证证实被告人杜志芳毕业于南阳卫生学校。1987 年至 1998 年在固始县蒋集镇中心医院从事医生工作，期间杜志芳获得医师资格。在该院工作期间，无任何不良记录。

根据上述事实及证据，一审法院认为，被告人杜志芳未取得医生执业资格而非法行医，致人死亡，其行为构成非法行医罪，应予处罚。北京市丰台区人民检察院指控罪名成立。被告人杜志芳的犯罪行为给附带民事诉讼原告人造成的经济损失应予以合理赔偿，被害人在案件起因上有责任，应自负相应的经济损失。附带民事诉讼原告人要求赔偿死亡赔偿金及要求赔偿公婆李广林、周桂荣赡养费的诉讼请求没有法律依据，本院不予支持，要求赔偿丧葬费、抚养费、赡养费的数额过高，本院将依据法律规定和相关的证据予以判定。故判处：一、被告人杜志芳犯非法行医罪，判处有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 2 年，并处罚金人民币 10 000元。二、被告人杜志芳赔偿附带民事诉讼原告人李登山经济损失人民币 5 169元 6 角，赔偿张同彬赡养费人民币 29 376 元，赔偿陈玉英赡养费人民币 31 104元，赔偿李超建抚养费人民币 7 776 元，赔偿李娟抚养费人民币 12 960 元，赔偿李留剑抚养费人民币 15 552 元。三、驳回附带民事诉讼原告人李广林、周桂荣的诉讼请求；驳回附带民事诉讼原告人李登山、张同彬、陈玉英、李超建、李娟、李留剑的其他诉讼请求。

附带民事诉讼原告人的上诉理由及诉讼代理人的意见均为：原判民事赔偿过少，要求赔偿死亡赔偿金。被告人杜志芳的上诉理由未撤销一审判决，改判被告人无罪。被告人杜志芳的辩护人的辩护意见为：（1）被告人杜志芳具有医师资格，故不属非法行医罪的犯罪主体。（2）在客观方面，杜志芳在接生过程中没有违反医疗技术操作规范，不能得出杜志芳的接生行为是造成产妇产后出血原因的结论来。（3）主观方面，杜志芳不具有犯罪的故意。故请求撤销一审法院判决，宣告被告人杜志芳无罪。

经审理查明，原判认定被告人杜志芳犯非法行医罪的事实及因被告人的犯罪行为而给附带民事诉讼原告人造成的经济损失数额是正确的。

认定上述事实，有证人李登山、刘世界、邱华、王立珍、胡旭林、王启全证言、北京市丰台区卫生局证明、河南省固始县卫生局证明、抓获经过、书证等证据在案为证。被告人杜志芳亦曾供述。

上述证据经一审法院庭审质证，本院审核属实，予以确认。

本院认为，原审被告人杜志芳为获取私利，明知自己不具备医生执业资格，未取得医疗机构执业许可证，私自开办诊所为她人非法接生，进行非法行医，导致被害人死亡，其行为已构成非法行医罪，依法应予惩处。附带民事诉讼原告人的上诉理由及诉讼代理人的代理意见，经查，附带民事诉讼原告人要求赔偿死亡赔偿金不属于刑事附带民事诉讼赔偿范围，一审法院已考虑到被害人的各项实际经济损失，民事赔偿数额计算合理，故附带民事诉讼原告人的上诉理由及诉讼代理人的代理意见均不能成立，本院不予采纳。被告人所提上诉理由及辩护人所提辩护意见，经查，河南省固始县卫生局出具的证明证实被告人杜志芳虽有学历、职称，但未办理执业资格手续。北京市丰台区卫生局出具的证明证实被告人杜志芳未经丰台区卫生局批准，未取得医疗机构执业许可证，属于非法行医。产妇因分娩时子宫多处破裂出血，致急性失血性休克死亡；产妇的死亡与被告人非法行医具有直接因果关系。综上，被告人杜志芳的行为符合非法行医罪的犯罪构成，故其上诉理由及辩护意见不能成立，本原不予采纳。一审法院根据被告人杜志芳犯罪的事实、性质、情节以及对于社会的危害程度所作出的判决，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第（一）项之规定，裁定如下：

驳回附带民事诉讼原告人张同彬、陈玉英、李广林、周桂荣、李超建、李娟、李留剑、李登山、被告人杜志芳的上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审判长：唐　仑

代理审判员：王　培

代理审判员：冯　桢

2004 年 3 月 10 日

书记员：黄小明

司秋菊运输、贩卖毒品案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、毒品犯罪适用死刑缺乏正当性
六、“诱惑侦查”案件中的量刑原则
七、毒品数量与死刑适用标准
八、结语
附件一：浙江省杭州市中级人民法院刑事判决书
附件二：浙江省高级人民法院刑事判决书

一、选案理由

毒品犯罪在我国已成泛滥之势，我国对毒品犯罪的惩处力度在世界范围内也堪称极为严厉。在侦办毒品犯罪的过程中，“特情介入”、“诱惑侦查（亦称警察圈套或者警察陷阱）”等手段被频繁使用。由此产生了对毒品犯罪立法和特殊侦查手段的质疑。司秋菊运输、贩卖毒品案就同时存在这两方面的问题。该案就是凭借诱惑侦查得以破案。浙江省高级人民法院认定司秋菊罪不至死，改判了死刑缓期执行后，本案引起了社会更大的关注，促使人们更深刻地反思毒品犯罪适用死刑的正当性，以及影响毒品犯罪适用死刑的各种因素，其中包括“特情介入”与死刑适用，毒品数量、纯度与死刑量刑标准等。对该案的研究十分有助于适当控制对毒品犯罪的死刑适用，因而该案入选本书。

二、基本案情

被告人司秋菊，现年35岁，是黑龙江牡丹江市兴隆镇兴隆村村民。女儿1岁时，司秋菊的丈夫遇车祸身亡，她将女儿交给父母领养，自己出外打工。2001年7月，她通过朋友认识了在上海的老乡孙晓芬。孙晓芬有一个国外的男朋友，从自己国家给她带来一些“摇头丸”。孙晓芬联系了买主，商定卖价为10.5万元后，就让新结识的司秋菊和其朋友、24岁的福建人李小梅“送货”。2001年8月3日，被告人司秋菊和李小梅应孙晓芬（另案处理）的要求，携带毒品摇头丸（甲基苯丙胺）2 513粒计1 020克，乘坐火车从福州至杭州，并于次日上午10时许，在杭州华辰大酒店8010房间，将上述毒品交给韩某（公安线人）、高某（公安线人）、张某某。由于杭州警方早已掌握有关线索，进行交易的5人连同毒品被当场擒获。之后，孙晓芬也被抓获，另案处理。

三、裁判要旨

将共同贩卖、运输毒品的犯罪孤立地认定为运输毒品，属定性不当。司秋菊为赚取送“货”的报酬，参与运输、贩卖毒品的行动。在犯罪中处于从属地位，属于从犯。贩卖行为在公安机关的控制之下，毒品没有流入社会，对社会的危害程度大大减轻，依法应从轻处罚。

四、引发的理论问题

本案系毒品犯罪适用死刑的案例，同时因为具备了“特情介入”、毒品数量的计算及共同犯罪等因素，为我们研究影响死刑适用的因素提供了很好的范例。鉴于篇幅所限，将主要研究以下几个问题：

（一）毒品犯罪适用死刑是否有正当性

司法实践中毒品犯罪适用死刑的比率如此之高，这是否符合刑事法理？人们大多看到了毒品犯罪对社会造成的严重危害，对毒品犯罪人恨之入骨；司法机关出于遏制犯罪的考虑，主张严厉打击毒品犯罪；于是毒品犯罪适用死刑就成了大家都满意的选择。但是，在我们主张逐步废除死刑的今天，还有很多人因为毒品犯罪被判处极刑，这与我们所倡导的目标和理念是极其不符的。司秋菊一案充分反映了毒品犯罪分子动辄被判处死刑的真实而紧迫的情况。由这样一个案子，我们能推开去论证毒品犯罪适用死刑的正当性，从而帮助我们重新认识毒品犯罪的现状，犯罪性质，社会危害性，启发我们寻找根除毒品犯罪的有效途径。坚定我们在现阶段坚决慎用死刑的信念。

（二）“特情引诱”案件中的定罪量刑原则

“特情引诱”是破获毒品犯罪最常用的手段之一，然而，特情引诱的有效性和危险性构成了这把利剑的“双刃”。我国宪法和刑事诉讼法中并没有明确“特情引诱”的合法地位，但是在司法实践中会出现很多“特情”违反规定，介入案件，破获犯罪的情况。“犯意引诱”和“数量引诱”是否合法，对确定刑事责任有何影响，这些问题没有明确定论。“犯意引诱”是否是合法的侦查行为，是否能据此来追究犯罪人的刑事责任。“数量引诱”是否仅为从轻情节。对这些问题的思考，能够更好地规制特情引诱的适用，更好地保护人权，遏制犯罪。

（三）毒品数量与死刑适用标准

毒品的数量是对毒品犯罪分子裁量刑罚的重要依据，它不仅是区分某些毒品犯罪罪与非罪的界限，而且还决定着法定刑的档次。因此，在毒品犯罪中毒品数量的认定意义十分重大。就本案来说，警方查获司秋菊携带摇头丸（甲基苯丙胺）2 513粒计1 020克，这1 020克的毒品应当适用哪个量刑幅度？被告人辨称“1 020克是摇头丸的总重量，而不是甲基苯丙胺的重量”能否得到法律的支持？以上两个问题一个有关数量标准，一个有关纯度问题，这些都是影响毒品犯罪量刑的重要因素。

我国目前对毒品犯罪适用死刑的数量标准过低，适用死刑的数量标准不明确，过于重视适用死刑的数量标准忽略其他标准是导致我国毒品犯罪死刑适用率居高不下的重要原因。适用死刑的毒品数量标准是否应当有所提高，应该提高到多少才合理，毒品数量较大是适用死刑的必要条件，还是充分条件。毒品纯度在多大程度上影响量刑，是否应当根据纯毒品数量确定法定刑。这些问题都是司法实践中的常见问题，对这些问题的探讨既具有理论价值，又具有实践意义。控制毒品数量标准有助于现实地减少死刑的适用，贯彻“少杀，慎杀”的刑事政策。

五、毒品犯罪适用死刑缺乏正当性

（一）毒品犯罪的概况

毒品危害遍布全球，世界各国无一幸免。据联合国有关部门统计，全世界大约有 1.4 亿人吸食大麻，1 300万人吸食可卡因，860 万人吸食海洛因，3 000 万人滥用苯丙胺类兴奋剂。全球每年约有 10 万人因吸毒死亡，1 000 万人丧失劳动能力，且全球吸毒者的年龄在下降。毒品年交易额 5 000 亿美元以上，相当世界贸易总额的 8%，并且毒品犯罪往往与暴力、凶杀、黑社会犯罪交织在一起，对社会危害极大。当前，毒品犯罪已然成为严重危害我国良好社会机体的顽症，根

据目前的形势，毒品犯罪仍呈蔓延发展的势头。我国毒品犯罪死灰复燃于20世纪80年代初，一开始从云南边境地带沉渣泛起，相继蔓延于四川、贵州、广东等少数几个省、自治区，其中，云桂川黔地区、以陕甘为主的西北地区、以大兴安岭两麓为中心的内蒙古和东北地区、以毗邻港澳台的粤闽沿海地区毒品问题比较严重，查获的案件数，缴获的毒品数均占全国总数的90%以上，且蔓延的势头强劲。2004年我国共破获毒品犯罪案件9.8万起，抓获毒品犯罪嫌疑人6.7万名；2005年1～4月，我国又破获毒品犯罪案件2.4万起，抓获毒品犯罪嫌疑人1.9万名。①

毒品犯罪严重危及民族健康、社会秩序稳定和良好的社会风尚，造成的最直接的危害是吸食者的身心健康与生命安全。一个人一旦吸食毒品，就很难摆脱毒瘾，致使身体状况每况愈下，随着吸食毒品的数量越来越多，频率越来越高，最终导致死亡。同时吸食过程中还容易感染"艾滋病"之类的严重疾病。此外吸毒者在精神上也会受到毒品的残害，有些吸毒者虽然经过艰辛的努力能够戒掉毒品，但是心理上对毒品的依赖会持续很长时间，甚至是一生。

此外，毒品犯罪能诱发许多其他的犯罪。现实生活中大量案例证明，吸毒者为了获得毒资，实施了很多犯罪，例如盗窃、抢劫、杀人等等，给家庭和社会都带来严重的伤害。

（二）毒品犯罪成因分析

自20世纪80年代以来，我国毒品犯罪数量迅速增多，大案、要案层出不穷。是什么原因导致毒品犯罪日益严重？我们在这里对毒品犯罪的成因作一下初步分析。

（1）社会转型期间，原有的社会结构、行为控制模式发生剧烈变动，新的社会约束机制尚未发育成熟，个体的自由度较之改革开放之前急剧扩张。在这样的大背景下，一些社会成员误入歧途，走上了毒品犯罪这条不归路。

（2）区域间经济发展水平不平衡，很多边远地区的人们仍然生活在贫困中，例如我国边境线上的少数民族聚居地区与经济发达地区的差距进一步扩大，而这些人有很多具有从事毒品交易的地缘条件。穷则思变的思想成为一些人的动力，一些人则想一夜暴富，寻求快速致富的捷径。毒品交易能够带来的高额利润成为巨大诱惑，迫切希望改善自我生存状态的想法驱使他们铤而走险，以身试法。与此对应的是有部分人群先富裕起来，但是由于社会物质文明与精神文明发展不同

① 参见彭旭辉、李坤：《论毒品犯罪的死刑适用》，载《论毒品犯罪的死刑适用》2006年第2期，第201页。

步，个人价值观念的不完善，部分人群产生了一种畸形的对“刺激”的“需求”。

（3）社会就业机会较少，生存压力巨大。现在每年我国有数百万、甚至上千万的初中、高中、大学毕业生因无法就业而走向社会，这是一个巨大的压力，也是一个社会问题。学生在学校所受的教育与他们面临的社会现实存在着巨大的反差，他们在心理上还来不及适应社会就要面临生存压力。这些人一经毒品犯罪分子引诱，很容易就会经不起经济诱惑而投身于毒品犯罪之中。应该说，庞大的无法就业的毕业生以及大量的下岗工人成为毒品犯罪“前赴后继”的主要力量。

（4）受到了国际毒品犯罪的影响。放眼全球，毒品消费市场巨大，按照马克思的经济学原理，有需求就会产生供应来实现这种交换，获得利润。毒品的非法使用与政府对毒品的流通管制，使得毒品交易的利润极高。同时，吸毒人员的不断增加，诱使很多人以犯养吸，成为毒品犯罪分子，使我国毒品犯罪问题更加雪上加霜。

（三）毒品犯罪适用死刑的现状

近年来，我国毒品犯罪形势严峻，毒品犯罪是司法实践中适用死刑数量最高的犯罪。据某市法院统计，2001 年该市法院适用死刑案件占总适用死刑案件的 32.74%。另据不完全统计，因毒品犯罪、故意杀人罪、故意伤害罪、抢劫罪而判处死刑的，占了全部死刑的 2/3 还多。[①] 有的毒品犯罪案一个案件判处死刑的人数多达数人。例如，2005 年 5 月福建省某市中级人民法院对一起制造、贩卖冰毒的案件共 13 名被告人，一审判处 10 个被告人死刑。[②] 另外，每年的 6·26 国际禁毒日，也成了名副其实的伏法日，全国各地均有为数不少的毒品犯罪分子在这个时候被执行死刑。我国一些地方甚至因为贩毒者被大量判处死刑而成了远近闻名的寡妇村。[③]

看到这里我们会发现对司秋菊判处的刑罚具有普遍性，毒品犯罪被判死刑案件不胜枚举，人们对这种情况也可谓司空见惯。是什么原因导致毒品犯罪成为死刑适用的“重灾区”？难道毒品犯罪对社会造成的危害真的严重到了如此骇人听闻的程度，以至于高频率地动用极刑给予镇压？无论是从直观感觉，还是基于法学理论的思辨，我们都很难认同这样的做法。

---

① 参见黄荣康、邬耀广：《关于毒品犯罪案件限制死刑适用的建议与设想》，载刘家琛主编：《当代刑罚价值研究》，法律出版社 2003 年版，第 569—572 页；任志中、汪敏：《毒品案件死刑适用的司法限制》，载陈兴良、胡云腾主编：《中国刑法学年会文集——第一卷死刑问题研究（下册）》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。

② 全国最大跨国制贩冰毒案一审判决 10 人死刑，2005 年 6 月 30 日，http：www.xinhua.com.

③ 参见赵秉志、于志刚：《毒品犯罪》，中国人民公安大学出版社 2003 年 1 月版，第 40 页。

（四）毒品犯罪适用死刑缺乏正当性分析

1. 对毒品犯罪适用死刑，违背报应主义

对毒品犯罪适用死刑违背了报应主义的根本理念。毒品犯罪是无被害人的非暴力犯罪，属于妨碍社会管理秩序罪，犯罪客体为社会管理秩序，即国家对毒品的管制。对这种类型的犯罪设置死刑，从本质上来说违背了报应主义的理论蕴意。

以康德、黑格尔为代表的报应主义者认为，刑罚是对恶害的报应。没有恶害，刑罚就失去了存在的基础。康德认为，刑法是一种人人都必须遵守的决定命令，违反刑法犯了罪才能对罪犯施加刑罚。"依照刑法的绝对命令，凡违反法律而杀人者必须处死"。"在这种情况下，没有什么法律的替代品或替代物能够用它们的增或减来满足正义的原则。没有类似的生命，也不能在生命之外进行比较，不管如何痛苦，只有死。因此，在谋杀与谋杀的报复之间没有平等问题，只有依法对罪犯执行死刑。"① 在康德看来，只有依照同害报复的原则，使刑罚施加于罪犯的恶害和罪犯加予被害人的恶害保持等量，才能维持正义和天平的均衡。② 黑格尔也认为，刑罚的本质是对犯罪的否定，是对正义的回复，施加刑罚是按照罪犯自有的逻辑或他自己的法观念，是尊敬他，是理性的存在。主张从犯罪的行为中寻求刑罚的概念和尺度，反对任何以儆戒或矫正为目的的刑罚，并主张等价报应，即犯罪具有质和量的一定范围，（施予刑罚）不是侵害行为的特种性状的等同，而是侵害行为自在地存在地性状的等同，即价值的等同③由以上可以得出：报应论者立论的基础在于刑罚恶害与罪刑恶害等量或等价，这是社会正义的题中之义。

死刑存在的最主要论据是报应主义，从报应主义观点出发，对杀人的严重危及人身安全等暴力性犯罪适用死刑具有一定的历史渊源和理论背景。"以牙还牙，以眼还眼"是人类自古以来最朴素、最坚定的报应情结，时至今日，这样的报应观念在普通百姓中仍占据着不可撼动的地位。这也是我国在相当长的一段时期内都不可能全面废止死刑的重要原因。对故意杀人罪等直接危害人类生命的行为适用死刑是当今保留死刑国家的基本作法，即使对其他各种犯罪主张废除、限制死刑的声音有很多，但对于故意杀人罪，人们鲜有主张全面废除死刑的。"的确，故意杀人罪是中国死刑的主要适用对象之一，死刑对于故意杀人罪适用的正当

---

① 参见［德］康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，第 165—167 页。

② 参见梁根林、张文：《对经济犯罪适用死刑的理性思考》，载《法学研究》1997 年第 1 期，第 55 页。

③ 参见［德］黑格尔：《法哲学原理》，范扬等译，商务印书馆 1982 年版，第 104 页。

性，在今日中国，是难得有人真正怀疑的，因为人们现在还想不出或者说还不能接受其他对非法剥夺他人生命的赎罪方式。”[①] 笔者认为，在未全面废止死刑的情况下，死刑的适用应当仅仅限于故意杀人罪，其他非暴力性犯罪的恶害与死刑报应的恶害不等价、不等量。对毒品犯罪适用死刑缺乏正当性依据。

从整个人类社会来看，越来越多的国家对于死刑适用问题提出反对意见，也制定和签署了许多国际公约和文件要求各国严格控制死刑的适用并鼓励废除死刑。我国已经签署并有待批准《公民权利和政治权利国际公约》。该《公约》鼓励缔约国废除死刑并要求严格限制死刑。《公约》第 6 条第 2 款中规定：“在未废除死刑的国家，判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚”。联合国经济与社会理事会关于《保护面对死刑的人的权利的保障措施》第 1 条重申：“在没有废除死刑的国家，只有最严重的罪行可判处死刑”，并进一步规定：“这就理解为最严重的罪行之范围不应超出具有致命的或者其他极其严重之结果的故意犯罪。”（The scope should not go beyond international crimes with lethal or other extremely grave consequences. ）[②] 由于危及生命是严重的暴力行为的一种极为可能的后果，是严重的暴力犯罪行为的一种内在的属性，因此，这里所谓“有致死后果的故意犯罪”实际上是指严重的暴力犯罪行为。同时，由于《保障措施》将“其他极其严重的后果的故意犯罪”与危及他人生命权利的暴力犯罪相并列，对“最严重的罪行”加以界定，因此，所谓“其他极其严重后果的故意犯罪”，应该是指犯罪行为所侵犯的客体之价值与人的生命权利相当的犯罪。毒品犯罪当然不属于最严重的犯罪。联合国经济及社会委员会秘书长关于死刑的第六个五年报告，曾列举并谴责对不属于最严重的犯罪适用死刑的情况中，就包括了毒品犯罪，及强奸罪、绑架罪、经济犯罪等。[③]

2. 毒品犯罪难以符合总则适用死刑的条件

《刑法》总则中规定死刑适用条件：“罪行极其严重”，即“客观危害”、“主观恶性”和“社会危险性”都“最大”，它对于毒品犯罪适用死刑起着指导作用。当然，这是一个比较抽象的标准，那么具体落实到一个实施毒品犯罪行为的行为人是否适用死刑，笔者认为还应当从以下几个具体方面来加以考虑。

---

① 参见王世洲：《论中国死刑的保留与限制及其对故意杀人罪的适用》，载《政法论坛》2001 年第 6 期，第 67 页。

② 参见梅传强、徐艳：《毒品犯罪的刑罚适用问题思考——兼论毒品犯罪限制适用死刑》，载《甘肃政法学院学报》2006 年 5 月，第 96 页。

③ 参见邱兴隆：《国际人权与死刑——以国际人权法为线索的分析兼及中国的应对》，载高铭暄、赵秉志主编：《21 世纪刑法学新问题研讨》，中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 375 页。

（1）从走私、贩卖、运输、制造毒品罪犯罪性质来看。所谓犯罪的性质，就是指犯的是什么罪。犯罪性质不同，社会危害程度也不一样，法律对它们分别规定了轻重不同的法定刑，如果对案件定性不准，量刑也就必然不当。[①] 有些犯罪由于犯罪行为性质本身就很严重，犯罪人实施了这种犯罪行为就具有了非常严重的社会危害性。如故意杀人罪，在这样的情况下，如果犯罪人没有其他法定或者酌定的从轻或减轻情节，判处死刑是没有争议的。但是毒品犯罪的犯罪客体为国家毒品管理制度，国家制定了一系列的法律法规，例如《麻醉药品管理办法》、《精神药品管理办法》、《麻醉药品生产管理办法》、《麻醉药品经营管理办法》等。走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪，相对于危害国家安全，或者杀人、爆炸等直接侵害公民生命、健康的暴力犯罪相比，在性质上不属于特别恶劣的故意犯罪，对社会的危害性显然要轻微的多。很难达到“极其严重”的程度，所以要判处犯罪人死刑，从罪质上看是不合适的。

（2）从犯罪的行为方式来看。马克思早在一百多年前就指出：“我只是由于表现自己，只是由于踏入现实的领域，我才进入受立法者支配的范围。对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域。”[②] 刑法不处罚思想犯，对一个犯罪行为判处刑罚的依据只能是事实。犯罪的方式和手段不同，行为的社会危害性也会不同。行为方式的分类之一为使用暴力方法和非暴力方法。之所以选取暴力这一因素来划分犯罪种类是因为：“事实上，即便存置死刑的国家和地区，绝大多数国家的死刑也是以谋杀罪为主要对象甚至唯一对象的，而对经济犯罪等非暴力犯罪适用死刑的则少之又少。”[③] 走私、贩卖、运输、制造毒品罪属于非暴力犯罪，“所谓非暴力犯罪的标准，亦应当同时满足以下两个条件：①其犯罪基本构成要件中不包含暴力内容，即其犯罪实行行为不能以暴力方法实施；②不以他人人身为犯罪对象，即对人身安全不能形成直接的损害或者危险。”[④] 显然毒品犯罪的犯罪构成要件不具有暴力手段，犯罪手段较为缓和，不具有残酷性，与“罪行极其严重”的标准尚有一段距离。

（3）从社会危害性来看。纵览全球只有极少数政府不惜牺牲整个人类的健康、幸福，片面追求种植毒品给本国带来的直接或间接的巨大利润，但是任何一

---

① 参见高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社 1984 年版，第 252 页。

② 参见《马克思恩格斯全集》，第 1 卷，第 16—17 页。

③ 参见钊作俊：《死刑限制论》，武汉大学出版社 2001 年版，第 188 页。

④ 参见黄京平、石磊：《简析中国非暴力犯罪及其死刑立法》，载赵秉志主编：《中国废止死刑之路探索》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 6 页。

个理性的政府都会对毒品，这样一种极具诱惑力、破坏力，同时又是财富源泉的物质进行严格的管制。不仅仅是政府，每个理性的人都懂得毒品的危害性，都知道滥用毒品是一条死亡之路。但是毒品犯罪始终难以根除，其中不可忽视的原因是毒品消费市场的广泛存在。我们难免疑惑：人类用几亿年获得的智慧生产着一种毁灭自身的可怕物质，更有数以万计的人们抵挡不住毒品的诱惑，坠入深渊。究竟是毒品犯罪引发了毒品滥用，还是毒品滥用推动了毒品犯罪？这好似一个鸡生蛋，蛋生鸡的问题，虽然难以给出令人满意的答案，但是有一点是可以肯定的，遭受毒品侵害的大部分人是有过错的（除去那些被引诱、被强迫吸毒的人之外）。只是对于犯有这种过错的人们，政府的态度是帮助、挽救，而并没有认为吸毒是一种犯罪。但是从更深层次上来说，对毒品的需求刺激了毒品犯罪的迅猛发展，使得政府花去了大量的人力、物力来戒毒、反毒，如果我们每个人都能爱惜自己的生命，抵抗毒品的诱惑，许多悲剧将不会发生，毒品犯罪也会越来越少。毒品犯罪没有直接的被害人，但是它对社会造成的危害主要体现在那些吸毒者的身上，笔者认为，吸毒者虽然不需承担刑事责任，但是其行为的从本质上讲是反社会的，因为吸毒者不但残害自己的生命，而且加重了家庭、社会的负担，毒化了社会风气，刺激着毒品犯罪。这种过错的存在有理由让毒品犯罪的犯罪性质变得不是那么严重，因为法律不应当让毒品犯罪人一方来承担毒品泛滥的所有责任。就像我们时常听到的故意杀人罪中被害人有过错的案件一样：因为被害人长期作恶，对他人、家庭、社会造成了严重的危害，使周围人在精神上长期遭受痛苦，终于在某一天招致或是亲属，或是好友的杀害。因为被害人有过错，通常犯罪人不会被判处死刑。这样的案例说明，剥夺他人生命的行为固然是非常严重的犯罪行为，但是由于被害人自身有过错，杀人罪的严重罪质在一定程度上被消减了。

如果我们跳出刑法学领域，抛开规范学研究犯罪的方式，以犯罪学的犯罪原因，犯罪现象，犯罪对策的研究模式来分析毒品犯罪，就更能接近事实的本来面目。我们可以看到，围绕毒品犯罪形成了一个经济链条，但是这种链条的基础是反人类的，对人类自身有害。因此无论供应还是需求都违背国家有关法律法规，非法的供应和需求二者之间是相互促进，相辅相成的关系，所以，如果我们只看到了毒品犯罪供应行为的严重社会危害，却没有在立法上承认供应行为的有因性。那就加重了毒品犯罪的罪质，造成对该种犯罪适用刑罚过于严苛。

（4）从犯罪目的来看。犯罪目的是指犯罪人主观上通过实施犯罪行为意欲达到某种危害结果的希望或者追求，不仅仅反映出行为人主观恶性程度，同时还影响着行为人实施行为的方向，决定行为的性质。行为人目的是否正当，能够说明

行为人是否具有主观恶性，从而成为认定行为人主观恶性大小和罪行是否极其严重的重要因素。走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪作为贪利型犯罪，具有贪利型犯罪的一般特点，其犯罪目的不是为了夺取他人的生命或伤害他人的健康，而是为了获得暴利。获得巨额利润是贪利型犯罪分子从事犯罪活动的内在动力，因此毒品犯罪与其他贪利型犯罪一样，行为人的主观恶性较轻。

3. 毒品犯罪属于法定犯，不应适用死刑

法定犯与自然犯的分类，最早渊源于古罗马法。① 自然犯是指实质上违反社会伦理道德的行为，这种行为因侵害了公共秩序、善良风俗而为一般社会正义所不容，几乎在任何一个社会形态中，都被视为是犯罪的行为。法定犯则是本质上并不违反伦理道德，而是因为维护行政管理秩序的需要而被法律所禁止的行为。

真正在刑事法理论上正式提出这一对自然犯与法定犯概念，并加以系统阐述的则是著名刑事人类学派的代表人物之一加罗法洛（Baron Raffaele Garofalo）。在其经典著作《犯罪学》中，专门对自然犯与法定犯予以了深刻阐释。在他看来，犯罪绝不完全是一种法律概念，同样需要社会学意义上的界定。加罗法洛认为自然犯是伤害人类正直和怜悯这两种基本利他情感的行为。②

走私、贩卖、运输、制造毒品罪显然是法定犯，因为该犯罪首先是违反了毒品管理法规，进而再被视为一种犯罪。作为毒品的化学物质，在一定范围，一定数量内是有益的、合法的，一旦超过法律允许的范围，就成为了毒品。

与自然犯相比较法定犯具有以下一些特点：

（1）犯罪人的主观恶性以及人身危险性程度较低。按照加氏自己对自然犯的定义，自然犯是严重触犯某一聚居体相对固定的道德伦理的犯罪，它给人们的道德情感造成非常强烈的打击。而人们的利他性道德情感是社会成员适应社会集体生活而必须具备的。我们可以推知，自然犯伤害了这种情感，对社会造成的伤害很大。但是法定犯与伦理道德之间的关系不如自然犯那么紧密，它更多地是因为违背了法律的禁止性规定，情节比较严重而构成犯罪。通常来说，这类犯罪的行为人的主观恶性不是很明显，其人身危险性也没有自然犯罪那样强烈，所以法定犯对社会成员的道德情感伤害较小。就个案而言，这些犯罪通常不直接危害到人们的生存秩序，对社会公众的生活安全感所造成的冲击远不及自然犯那样强烈。

（2）自然犯更多地侵犯了安全、正义的价值，法定犯则较多地侵害了秩序。法定犯的设立，更多地契合了人为秩序的需要。所谓人为秩序，即为维持人类社

---

① 参见高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台北五南图书出版公司 1985 年版，第 140 页。

② 参见［意］加罗法洛：《犯罪学》，耿伟等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 44 页。

会各个领域的有序发展而设立的一些规则，政府发挥监管作用。当前我国正处在社会转型时期，经济、社会保障、资源环境等各个领域亟待建构新的秩序，在法律领域里就表现为通过法律制度来确立规则，引导社会变革。反映在刑法领域，就是通过更多的禁止性规范来遏制违背新秩序需求的违法犯罪行为。

（3）自然犯直指社会道德情感，通常直接在刑法中被规定为犯罪行为。法定犯具有强烈的双重违法性，即法定犯首先是违反了某一领域的行政管理规定，当其情节较为严重，从而达到了犯罪的程度，才进入刑法规范的领域。所以法定犯通常专业性较强。

（4）与自然犯相比，法定犯的社会危害性存在较大程度的模糊性、变异性。自然犯是明显违反伦理道德的传统型犯罪。一个社会的伦理道德具有相对稳定的特点，即便经过历史的传承，自然犯的种类、危害特性也很难发生大的变化。与其相比法定犯是不明显违反伦理道德的现代型犯罪，法定犯更多的体现管理社会的需要。生产力的不断进步，人类文明的向前发展，社会生活在某些阶段会发生剧烈的变化，行政管理的目标会常常发生变化。更由于人们对法定犯危害性认识不清晰，法定犯的社会危害性就常常处于变动之中。拿我国来说，计划经济向市场经济转变，投机倒把罪被取消，很多原初意义上的投机倒把行为不再被认为是一种危害社会的行为，而是市场经济制度下合理的经济运行方式。而对于非法经营罪的“口袋径”大小的争论，也明显地表现出对一些所谓“非法经营行为”的性质认识不清。

综上，笔者认为走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪具有法定犯这些固有的特征，这种犯罪并不冲击人类最基本的正直和怜悯情感，是政府为了维护社会生活的正常秩序，对特殊有害物质进行管制而规定的犯罪。回顾毒品犯罪产生的历史，从走私、贩卖、运输、制造毒品被认定为犯罪到今天也只有一百多年的时间。我国最初是在清朝末年公布了惩治毒品犯罪的刑事法律，在明代以前鸦片是作为药材合法输入中国的。审视历史我们可以发现，立法中规定毒品犯罪有其特定的社会背景：当时西方各国出于对中国财富的觊觎，迫于对华贸易的被动地位，使出了“输出鸦片”的卑鄙手段，用鸦片和大炮打开了我国的国门，掠夺了大量的财富。我国政府面对烟毒蔓延的情况将鸦片作为违禁品，严格控制它的进口和消费。毒品犯罪是在特定背景下，出于政府管理社会的目的而产生的，当社会的经济、历史条件发生变化，全社会对毒品的认识、使用也发生变化的时候，毒品犯罪的社会危害性也会随之发生巨大的变化。

毒品犯罪具有相对性，走私、贩卖、运输、制造毒品在相当长的一段时间内并不是一种犯罪行为，即便当我国认定其为一种犯罪的时候，许多国家实际上并

不禁止甚至还鼓励这样的行为。这充分说明同一性质的行为在不同的时代和区域下其违法的性质是相对的。犯罪的相对性，是由于对犯罪的评价本身就是一种价值判断，而价值本身就会随着评价主体的认知水平、社会主流观念、人类生活方式的变化而具有一定的变动性。随着时代的转变，社会的主流价值观念必然随之转变，人类社会发展史已经充分地说明了这一点。走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪在目前是一种严重危害社会的行为，而这里所谓的“严重的危害性”，就有一个程度的把握和是否具有危害性的判断在里面。也就是说，毒品犯罪，只是在当下用社会主流价值评判，认为它是非常严重的一种危害社会的行为。就整体趋势而言，随着整个人类社会逐步向文明、发达的方向演进，人们对犯罪行为认识的逐步深入，人们抵御危害行为的能力增强，对危害行为的容忍度也会有所提高，人们对于毒品犯罪的态度也会越来越宽容，甚至有可能认为毒品犯罪是社会正常代谢下的不良产物，受到毒品侵害而承受的痛苦是某部分社会成员对自己不负责任的生活方式付出的代价。随着医学技术的不断进步，沉溺毒品的人们有朝一日可以依靠药物有效地戒掉毒品，那时，毒品犯罪的社会危害就大大下降，贩卖毒品就可能被处以与非法销售香烟同等的处罚。

虽然我国目前毒品犯罪的情况严峻，刑罚仍然是打击犯罪最主要的手段。但是，世界上已经出现了“毒品合法化”的呼声，这种呼声引起了人们的关注。世界上关于毒品“合法化”问题，是上个世纪 80 年代中期之后，主要由欧洲和美洲某些毒品消费国和生产国提出的。他们是在对《国际禁毒公约》和国内禁毒法律的成效进行反思，对于各种禁毒计划或者措施屡受挫折而毒品犯罪却日益猖獗的现实感到焦虑，对于花费巨大财力、人力加强法律惩治的效果表示失望的情形下而提出的。例如，荷兰是欧洲国家中毒品犯罪（特别是走私毒品犯罪）最严重的国家，但是荷兰却对于持有 30 克以下或者零售“软毒品”（大麻）的行为不予处罚，毒品犯罪的法定最高刑罚也仅为 12 年徒刑和 100 万盾罚金，对于非法生产或者贩卖精神药品的犯罪则未规定刑罚。同时，荷兰国内设立了 861 家“大麻咖啡馆”为年满 18 周岁的成年人每人每次提供 5 克的毒品。另外一些西方发达国家，如西班牙、意大利、美国等国使毒品使用合法化的法律也正在酝酿之中。[①] 毒品合法化的论调和实践说明已经有很多人认识到依靠刑事打击不能从根本上解决毒品问题，用犯罪学的方式分析犯罪成因，寻找犯罪对策也许能峰回路转。

现代犯罪学研究表明，犯罪现象的发生是多种原因综合的结果。犯罪原因是

① 参见陈世伟：《毒品犯罪死刑问题研究》，载《西南政法大学学报》2006 年第 4 期，第 107 页。

多重的，那么相对应地预防和控制犯罪的措施也应该是多种多样的，刑法只是社会控制的手段之一。对危害社会行为的控制，必须综合包括刑法在内的所有社会控制措施，单靠刑法是不可能达到目的的。相对而言，在多种控制措施中，刑法只能说是居于次要的辅助地位。正如法国学者安塞尔所指出的，在打击犯罪方面，"刑法不是唯一的，甚至也不是主要的对付犯罪的工具。首先应当对'预防'予以极大的注意，通过'预防'抵制诱发犯罪的因素，其中包括个人的因素，即'特殊预防'和社会机体的因素，亦即'一般预防'。其中，还应超越刑罚的范围，对犯罪形势和冲突形势，同时也动用民法的、行政法的、社会的以及教育、卫生、社会福利组织等方法。"树立刑法在防护社会、抗制犯罪中的辅助性工具观念，对人们树立正确的刑法观意义重大：一方面有利于消除人们对刑法的依赖心理，另一方面，可以引起人们对其他社会控制手段的重视。在法定犯而言，由于我国还处在社会变革时期，人们的价值观念变动本身较大，一些法律法规也大都是在试行，对很多行为的性质很难准确把握。在刑法上对刑事违法性的界定应当更加慎重。

六、"诱惑侦查"案件中的量刑原则

"特情引诱"作为一种特殊的刑事侦查手段，它的应用已近一个世纪，然而在刑法理论界，关于它的争论从来就没有停歇过。"特情引诱"本身所具有的有效性与危险性，总是困扰着追寻真理的人们，使我们在取舍间徘徊不定。"特情引诱"通常被应用于侦查、破获黑社会组织犯罪、贩卖毒品罪等严重犯罪之中，本文就试以司秋菊贩卖、运输毒品罪为例，探讨"特情引诱"对贩卖、运输毒品罪定罪、量刑的影响。

（一）诱惑侦查的概念

关于诱惑侦查的概念，理论界说法不一，可谓众说纷纭。有学者认为，"诱惑侦查，又称侦查陷阱，是指侦查机关设置圈套，引诱侦查对象实施犯罪，并将其及时拘捕的一种侦查手段。"① 也有学者认为，"诱惑侦查，又称诱饵侦查、侦查陷阱、侦查圈套，泛指国家侦查人员或者受雇于国家追诉机关的人员，通过特意设计的某种诱发犯罪的情境，或者为实施犯罪提供诱惑性条件或机会，鼓动、诱使他人实施犯罪并以此为根据提起刑事指控的侦查手段，是现代社会为了追惩'隐蔽性无被害人犯罪案件'而采用的特殊侦查方式之一。"② 还有人认为"诱惑

① 参见马滔：《诱惑侦查之合法性分析》，载《刑事法杂志》，2000年第5期，第69页。

② 参见宋英辉、吴宏耀：《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社2002年版，第256—257页。

侦查又叫‘警察圈套’，是指警察设下某种圈套，引人进行犯罪活动，从而取得犯罪证据。”① 也有人认为是“侦查人员为了侦破某些特殊案件，对于潜在的追究对象进行某种程度的引诱，诱导其犯罪或者根据其犯罪倾向为其提供犯罪的机会和条件，然后在追究对象进行犯罪时将其拘捕的一种特殊侦查行为。”②

关于诱惑侦查与警察圈套的关系国内学者有三种观点：第一种观点认为，诱惑侦查和侦查圈套（警察圈套）是同一概念，即诱惑侦查，也称诱饵侦查、侦查圈套、侦查陷阱、警察圈套，泛指国家侦查人员或者受雇于国家追诉机关的人员特意设计某种诱发犯罪的情境，或者为实施犯罪提供条件或机会，鼓励、诱使他人实施犯罪，并进而侦破案件，拘捕犯罪人的侦查手段。③ 当前多数学者持此种观点。第二种观点认为，诱惑侦查与侦查圈套（警察圈套）这两个概念是有区别的，一方面，诱惑侦查的中心词是“侦查”，而侦查圈套的中心词是“圈套”，二者的语意侧重略有不同；另一方面，虽然侦查圈套一般都是以某种诱惑为基础，但是也有些圈套是很难归入诱惑之范畴的。④ 第三种观点认为，诱惑侦查与警察圈套（侦查陷阱）并非同一概念，并认为前者涵盖了后者的含义。

笔者认为，诱惑侦查是指国家侦查人员或者受雇于国家追诉机关的人员，通过特意设计的某种诱发犯罪的情境，或者为实施犯罪提供条件或机会，鼓动、激发他人实施犯罪，据此获得犯罪证据，提起刑事指控的侦查手段。诱惑侦查与警察圈套是有所区别的两个概念，诱惑侦查的合法性显然大于警察圈套。

从两个概念的渊源上看：诱惑侦查作为一种新的侦查方法，最初引起法学界关注的是 1932 年美国联邦最高法院审理的索勒斯违反禁酒法一案。在美国，所谓警察圈套（police entrapment），是指侦查机关或其代理人为了对某人提起控诉，而采用引诱的方法，使本无犯罪意图的人实施犯罪的一种非法侦查行为。而什么叫诱惑侦查《布莱克法律辞典》并未作出解释，美国学者一般认为，诱惑侦查（police encouragement），是指国家侦查机关对那些已有犯罪意图的人，为获得对其提起刑事诉讼的证据而诱使其实施犯罪行为，当他真的被诱使而实施犯罪时，当场予以抓获的一种合法侦查行为。对二者的关系，美国有学者作了精辟的论述：诱惑侦查并不是一种非法的侦查手段，但是，当这种手段的运用超过了一定的限度——即犯罪的发生主要是由于警察的行为，他们为了提起公诉，引诱那

① 参见李亚虹：《美国刑事审判制度》，法律出版社 1999 年版，第 48 页。

② 参见乐有金：《论诱惑侦查的正当性及其法律规制》，载《政法学刊》2007 年第 1 期，第 39 页。

③ 参见吴宏耀：《论我国诱饵侦查制度的立法建构》，载《人民检察》2000 年第 2 期，第 12 页。

④ 参见何家弘、龙宗智：《诱惑侦查与警察圈套》，载《证据学论坛 6（第三卷）》，中国检察出版社 2001 年版，第 173 页。

些本无犯罪意图的人去实施犯罪——这时警察的行为即构成了警察圈套。而且，在美国还有警察圈套合法辩护（the defense of entrapment）之说，即被告人可以主张警察的诱惑性侦查行为已构成警察圈套而为自己作无罪辩护，但是，被告人并不能以警察采用的是诱惑性的侦查手段非法收集证据为由为自己作无罪辩护。

从英文单词 entrapment 和 encouragement 的含义来看，前者的解释是“诱捕，圈套，特别指用耍弄或欺骗的方法实施诱捕，证明某人有罪”，encouragement 在此处的解释应为“帮助（某事物）发展，激励、促进”。这说明诱惑侦查是针对那些已经有犯罪意图的人们实施的，诱惑侦查只是在客观上提供了实现犯罪、将意图转化成犯罪的条件和时机。我们也可以理解为，犯罪分子即使现在不犯罪，只要客观条件达成，他也会不可避免地实施犯罪，要么现在犯罪，要么将来犯罪。“警察圈套”从被使用的语义情景上看，是带有贬义的，非法地罗织法网的行为。

由于大部分学者是在“警察圈套”与“诱惑侦查”为同一概念的前提下来探讨诱惑侦查的分类及合法性，便形成了以下观点：一般都认为，根据被诱惑者在被诱惑之前有无犯罪倾向，诱惑侦查可以划分为机会提供型诱惑侦查和犯意诱发型诱惑侦查，并认为前者只是使被诱惑者已有的犯罪意图及倾向暴露出来，或者是强化其固有的犯罪倾向，促使其实施具体的犯罪行为，因而是合法的侦查行为；后者则是对无犯罪倾向的人实施诱惑，引诱其形成犯意，并促使其付诸实施，因而是非法的。

基于上述的分析，诱惑侦查与警察圈套是两个有区别的概念，笔者认为诱惑侦查仅指“机会提供型诱惑”。

（二）诱惑侦查的合法性

1. 诱惑侦查与司法机关预防与打击犯罪的职能相违背

有学者认为，“司法机关有揭露犯罪、与犯罪作斗争的义务，却没有挑起犯罪、诱使犯罪的权利。”① “法律是公平、正义的化身，应当惩罚的是已然的犯罪，而不是犯罪的意图”。② 甚至有学者批评说，“依照我国通行的犯罪构成理论，这些行为（诱惑侦查）已经违背了刑法相关的禁止性规范，符合了犯罪构成的基本要求”。③ 有学者认为，“诱惑侦查违背了先有犯罪事实后有立案侦查的刑事诉讼程序规定，纯属凭空启动侦查程序，是一种侦查倒置行为”。④ “这种侦查

① 参见杭正亚：《诱惑侦查的存与废及价值取向浅析》，载《江西公安高等专科学校学报》，2001 年第 3 期，第 63 页。

② 参见王超、谭滨：《诱惑侦查的合法性及其证明》，载《政法论坛》2004 年第 8 期，第 51 页。

③ 参见游伟、谢锡美：《论犯罪特情侦查及其制度设计》，载《政治与法律》2001 年第 5 期，第 22 页。

④ 同②。

手段从根本上违反了这样一个法理：侦查机关只应对已然的犯罪进行侦查，而不能制造犯罪、诱人犯罪；其根本的任务是制止犯罪，而不是坐视犯罪发生后再惩罚犯罪人。"还有学者认为，诱惑侦查侵犯了人权，毁坏了国家法治和公信力的基础。从人性弱点来说，在一定的诱惑面前，任何人的意志都有可能产生动摇，产生冲动感，进而实施不恰当的行为……如果利用人性的弱点而使其实施本来不会实施的犯罪，这就等同于引诱无辜的人去实施犯罪行为。

2. 对于以上的观点笔者不敢苟同

（1）诱惑侦查正是基于打击犯罪，防卫社会的需要而产生的。理论界已经普遍认同诱惑侦查是社会控制犯罪的有效手段。诱惑侦查作为一种刑事追诉手段，主要针对危害社会比较严重的秘密犯罪开展的，世界各主要法治国家均通过司法实践及理论研究赋予其正当地位并通过立法确认其合法地位。其正当化理论主要有两种学说，即以日本为代表的大陆法系国家的社会必要说，以美国为代表的英美法系执法策略说。①社会必要说：在大陆法系国家，特别在日本的司法实践和理论界都认为，诱惑侦查以成为打击隐蔽性犯罪必不可少的法律手段。针对采用诱惑侦查破获的毒品罪案，昭和57年（1982年）5月21日一审作出了被告人有罪的判决后，日本东京高等裁判所在维护一审判决时指出，由于毒品犯罪对社会具有极大的危害，摧毁贩毒的秘密渠道非常必要。在大陆法系国家，尽管个人权利和自由观念也是社会正义的需要，但作为法律传统，在这种社会公众的个人自由是建立在社会安全基础之上的个人自由。这就确立了大陆法系国家的普遍的社会价值观，社会公众对控制犯罪危害、维持社会安定有一种首要需求。而对于一些毒品等隐蔽性犯罪，面临侦破困难的形势，为了顺应社会公众对正义的诉求，无论判例还是立法，都肯定诱惑侦查是控制此类犯罪的必要选择。②执法策略说：追溯诱惑侦查在美国司法实践的产生与理论上争论的历史，我们发现，尽管美国法律传统以保护公民个人自由为社会价值所在，但针对犯罪日益恶化的社会形势，美国联邦最高法院的主流观点认为：诱惑侦查是一种正当的"执法策略"。美国联邦最高法院的多数派达成的一致观点：对于早有预谋或准备、或者已经实施同类犯罪、或者正在实施的犯罪，采取诱惑侦查去发现并控制这些犯罪是社会的现实需要。经验证明，为了将非法生产毒品的罪犯绳之以法，而去收集过去发生的非法行为的有罪证据，是几乎不可能成功的。因此，在有毒品的犯罪中，执法人员所能采用的唯一可选择侦查手段就是：潜入毒品犯罪团伙，并有限地参与其违法活动。社会公众控制犯罪的需要，是诱惑侦查存在的必要基础。按照社会契约论的理论，社会成员为了享有生活的安宁，保护权益不受侵害，就自愿让度了一小部分自由，把这部分自由交给政府。这是刑罚权来源的依据，同样，出于

打击犯罪，享受社会安宁的需要，人们也容许了诱惑侦查的应用。这都体现了“舍与得”的哲学，作为万物之灵的人类，当然懂得以最小的代价换取最大利益的道理。

此外，诱惑侦查的运用使犯罪得到无害化处理，这是它保护社会功能的体现。

诱惑相对于人的本性来说，是外界客观事物，是客观的。在人认识、需求之前，其本身没有任何意义，将恶性产生的犯罪行为，导入无害的环境当中，再进行无害于社会与他人的处理。其本身是一种泄恶去恶的过程，从诱惑侦查的设计开始就从本质上抽空了犯罪的社会危害性。诱惑侦查虽然提供犯罪条件，促进犯罪的提前发生，但是它是将必将发生的有害行为移植到特殊的环境，在未造成社会危害性的情况下，先行挖掘出犯罪分子。这恰恰体现了它保护社会的功能。

（2）笔者在这里要强调，机会提供型诱惑侦查是诱惑侦查的合法内容，犯意引诱型是非法的。犯意引诱创造了、引发了犯罪，违背了诉讼的正常秩序。但是机会提供型诱惑侦查并非是凭空启动。首先，对于毒品犯罪，黑社会性质组织犯罪这些隐蔽性极强的犯罪活动而言，在一个地区，一段时间内会连续作案，诱惑侦查的对象往往是较明确的。犯罪行为不是没有发生，只是犯罪的证据很难获得，在实践中也有很多通过诱惑侦查破获案件的犯罪人在案发前就已经作案多起。这怎么能说侦查活动是凭空启动呢？

况且，诱惑侦查并没有强迫犯罪嫌疑人去实施犯罪，只是提供了一个可能发生犯罪的条件而已。犯罪的内因业已具备，诱惑侦查只是提供了外因，而且我们在这里要着重指出的是，诱惑侦查的外因并不具有特殊性或稀缺性，也就是说“诱惑侦查”不是犯罪发生的唯一外在依据，也不是犯罪发生的必要条件。所以说，诱惑侦查并不能从本质上改变事物发展的根本方向，犯罪只是按照原有的轨迹在向前发展。诱惑侦查并不能创造犯罪。

（3）诱惑侦查的欺骗性并不违背司法信用，对诱惑侦查进行有效的限制，能使其在合法的范围内达到追诉犯罪的目的。

司法信用原则不排斥含有欺骗要素的侦察策略。司法应当具备诚心的品格，但这种司法诚信主要是指一旦司法机关对任何公民作出了承诺，就必须信守这一承诺，而绝不能言而无信；而司法承诺，是指国家司法机关及其工作人员，对公民为某种行为或不行为，或者就特定的法律后果所作的许诺和保证。但这种承诺是对价性的，如对其从轻处罚、不追究其余罪、改变强制措施、关照其亲友等。

在法制比较发达的国家，诱惑侦查在犯罪侦查活动中也时常运用。诱惑侦查只要未超过法律的限度，所取得的证据通常能够被法院认可。一是因为在某些犯

罪，如各国的贩毒、伪造货币和买卖货币等，由于这些犯罪欠缺被害人的控告，而且直接牵涉几乎所有与犯罪有关人员的利益，使他们极力庇护犯罪行为，因此犯罪的实施变得更为隐蔽。无论是犯罪行为的发现，还是证据的收集都十分困难。为维护社会利益，法律在一定限度内，允许侦察机关为侦破这类犯罪采用诱惑侦查方式。二是从道德责任上来看，对犯罪嫌疑人，尤其是严重犯罪的嫌疑人，使用具有一定欺骗性的侦查手段尚未逾越被普遍认可的国家机关的道德责任界限，因此具有一定的法律容许性。这是由犯罪行为对社会的危害性，与使用欺骗性侦查手段的负面影响二者之间相权衡而作出的价值和政策选择。其目的是防卫社会，打击犯罪。只要使用得当不会对犯罪人的人权造成损害。从根本上说，诱惑侦查具有合法性。

（三）运用“诱惑侦查”破获毒品犯罪的有效性

毒品犯罪具有以下特点①毒品犯罪作为牟取暴利的手段，有相当一部分与暴力集团组织有密切联系；②许多案件是涉及庞大的国际犯罪组织的跨国犯罪，需要各个国家的共同协作才能彻底侦破；③毒品犯罪是受害人自己参与的犯罪，所有涉案人员都与毒品有利害关系，因此他们会极力庇护犯罪行为，而使犯罪实施变得极为隐秘，侦察机关很难掌握侦破案件的线索；④毒品直接威胁到国民的身心健康，具有极大的社会危害性；⑤我国刑法规定的毒品犯罪，大部分是数额犯，而毒品又是一种消耗品，一旦毒品交易完成，毒品被消耗，就很难取得毒品犯罪的证据……[①]

我国的禁毒工作形势严峻，境外毒品对我国形成了“南北夹击、四面包围、多头入境、全线渗透”的严重态势。我国已由毒品过境国转变为毒品过境与毒品消耗并存的毒品受害国，我国的毒品犯罪呈现组织化、集团化、网络化、隐蔽化的趋势。传统的侦查手段对重大贩运毒体系理解甚少，打点容易打线难，凭借情报难以定案，很难把握在毒品交接地，人、毒、赃俱获的破案最佳时机。

近年来，公安机关培养发展特情人员，通过他们获得贩毒集团的内部情报，协调布控，锁定目标，适时打击，取得了一些成绩。在打击毒品犯罪的各种手段中，诱惑侦查已经成为不可缺少的有效手段。

（四）特情介入案件的刑事责任

由于诱惑侦查的合法性没有得到我国宪法、刑事诉讼法的确认，犯意引诱和机会引诱是否合法，对确定刑事责任有何影响，这些问题没有明确定论。具有

---

① 参见王凯石：《论毒品犯罪中的诱惑侦察》，载《四川大学学报（哲社版）》2004年第3期，第119页。

“特情介人”因素的毒品犯罪的定罪量刑通常是援引以下规定：

2000 年 4 月 4 日《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》第 2 条规定：“（三）关于毒品案件中特情引诱犯罪问题

运用特情侦破案件是有效打击毒品犯罪的手段。在审判实践中应当注意的是，有时存在被使用的特情未严格遵守有关规定，在介入侦破案件中有对他人实施毒品犯罪的犯意引诱和数量引诱的情况。‘犯意引诱’是指行为人本没有实施毒品犯罪的主观意图，而是在特情诱惑和促成下形成犯意，进而实施毒品犯罪。对具有这种情况的被告人，应当从轻处罚，无论毒品犯罪数量多大，都不应判处死刑立即执行。‘数量引诱’是指行为人本来只有实施数量较小的毒品犯罪的故意，在特情引诱下实施了较大甚至达到可判处死刑数量的毒品犯罪。对具有此种情况的被告人，应当从轻处罚，即使超过判处死刑的毒品数量标准，一般也不应判处死刑立即执行。对于特情在使用中是否严格遵守有关规定情况不明的案件，应主动同公安缉毒部门联系，了解有关情况。对无法查清是否存在犯意引诱和数量引诱的案件，在考虑是否对被告人判处死刑立即执行时，要留有余地。被告人受特情间接引诱而实施毒品犯罪的，参照上述规定处理。

对于特情提供的情况，必须经过查证属实，符合刑事诉讼法和司法解释规定的证据条件的，才能作为证据使用。因特情介入，其犯罪行为一般都在公安机关的控制之下，毒品一般也不易流入社会，其社会危害程度大大减轻，这在量刑时，应当加以考虑。”

从以上规定可以看出，我国最高司法机关充分肯定了诱惑侦查的正当性和有效性。对于特情人员没有按照有关规定，对他人实施犯意引诱的情形，“对具有这种情况的被告人，应当从轻处罚，无论毒品犯罪数量多大，都不应判处死刑立即执行。”也就是说将“犯意引诱”视为从轻处罚的情节，坚决不能判处死刑；同样“数量引诱”也是从轻处罚的情形，即使达到判处死刑的数量标准一般也不判处死刑。

传统刑法理论认为，犯罪是刑事责任的前提，而刑事责任的唯一根据是犯罪构成。[①] 有学者还对此作进一步解释：刑事责任的实质根据是犯罪的社会危害性；刑事责任的法律根据是刑法规定的犯罪构成。[②] 刑事责任的确定应当遵循罪责原则、罪责自负原则。每个人在自由意志的前提下选择了犯罪行为，就应当受到刑法的处罚。毫无疑问，“特情介入”的犯罪，其刑事责任的确定也要遵循刑

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（一），中国人民大学出版社 1993 年版，第 424 页。

② 参见张明楷：《刑法学》（上），法律出版社 1997 年版，第 381 页。

法基本理念的指引。通常刑法分则条文某一具体罪名的犯罪构成，通过对犯罪侵害的客体，犯罪的方式、手段、目的、危害后果，犯罪人的主体条件，主观心态等因素的规定，共同描述了这种犯罪的社会危害性和人身危险性。法官在量刑的时候，基于这些规定，对照犯罪的具体情况，能够粗略地确定一个刑罚幅度，但这只是完成了正确量刑的第一步，接下来还应当考查犯罪人是否具备法定或者酌定的量刑情节。这些情节是能反映社会危害性、人身危险性更重或者更轻的因素。只有把这些都全盘考虑到量刑结果中，才能给予犯罪嫌疑人一个恰当的刑罚。

“犯意引诱”、“数量引诱”是诱惑侦查中较为常见的两种不当情形，鉴于篇幅所限，笔者在这里仅就“犯意引诱”、“数量引诱”的刑事责任问题作以下探讨。

1．“诱惑侦查”的案件的刑事责任

部分国家认为“犯意引诱”是非法的侦查手段。具有这种情形的罪犯通常不承担刑事责任。从刑法法理和政策双重角度出发，在我国刑事实体领域内对“犯意诱发型”犯罪当以无罪处理。

虽然我国没有“警察圈套”这样一个合法辩护理由，但从刑法理论上说“警察圈套”获取证据的途径违法，法官不能依此定罪。犯意引诱指侦查机关在本来没有犯罪倾向的无辜者的心理中植入犯罪意图，诱使其实施犯罪行为，然后使他们受到追诉。犯意诱发型“犯罪”是由追诉机关人为制造的一起“犯罪”，这种“犯罪”在侦查机关的直接导演和监控下，行为人的犯意产生、行为进止、危害轻重，无不受到侦查机关的强烈引导和拘束。如果没有诱惑侦查的“引诱”，行为人至今在法律上还是一个守法公民，或至少被法律推定为守法公民。对于这样的公民，刑法没有理由主动对有关公民人身危险性作出评价。况且从人的本性出发，人都是有弱点的，面临各种诱惑人的意志会发生动摇。因此，在“犯意诱发型”侦查的场合下，虽然行为人因此萌生了“犯意”，但这只反映出行为人易受蛊惑的人格特征，或者说行为人的道德操守不够，最多只能作出基于社会伦理的评价，而不能作出刑法上的评价。如果此时认为行为人应承担刑事责任，与责任主义相悖。所以，存在“犯意引诱”因素的毒品犯罪应当排斥在刑事法规调整之外。

根据是否有证据证明犯罪人在此之前有同种犯罪行为未被发现，分成两种情况：①没有确实证据证明犯罪人在此之前有未被发现的毒品犯罪，犯罪嫌疑人不用承担任何责任，“犯意引诱”归于无效。②犯罪人在此之前有类似的未被发现的罪行，通过诱惑侦查，警方发现并掌握了能够证明犯罪嫌疑人之前的犯罪证据，则司法机关可以依据掌握的证据追诉犯罪嫌疑人，被告人需为以前的罪行承

担刑事责任。不论犯罪分子是否有前科，只要能够证明其原本没有犯罪意图或倾向，经过侦查人员的引诱，劝诱才产生犯意，就足以对抗刑法的追究，但是在此过程中发现的证据还可以用来追究以往的罪行。这是因为毒品犯罪的证据很难获得，出于刑事政策的需要，我们不应该禁止这样的证据的使用。

2.“数量引诱”案件的刑事责任

数量是毒品犯罪量刑的重要基点，数量引诱无疑会加重犯罪人的刑罚。“特情”在与犯罪人进行毒品交易的过程中，数量过低或过高都不能给犯罪分子以最适当的惩罚，数量的确定值得研究。司秋菊运输、贩卖毒品案中也涉及数量的问题。“韩某（线人）证言：‘她是自己生产，我想第一次要的话就要2 000片（摇头丸），这肯定没有问题。’‘我想蓝色的要1 500片，黄色的要1 000片，这样她不会怀疑的。’”① 我们不免假设，如果不是摇头丸，而是鸦片，线人没有要这么多，那司秋菊又会被判处怎样的刑罚？

笔者认为在毒品交易中“线人”应该要多少“货”，应当具体情况具体分析，而且应当听从侦查机关的意见。通常在事前，侦查机关对诱惑侦查对象的犯罪情况有所了解，侦查机关会根据犯罪人以往的罪行、侦破需要、法律限制等多方面因素确定一个数量。这不是刑事实体法领域要考虑的问题。刑事法所要解决的是“数量引诱”情况下，被告人的刑事责任。

《纪要》中对“数量引诱”的解释为：“行为人本来只有实施数量较小的毒品犯罪的故意，在特情引诱下实施了较大甚至达到可判处死刑数量的毒品犯罪。”“对具有此种情况的被告人，应当从轻处罚，即使超过判处死刑的毒品数量标准，一般也不应判处死刑立即执行。”笔者赞同对“数量引诱”的情况坚决不能适用死刑，此外具有“数量引诱”情况的应当从轻或减轻处罚。

数量引诱，不对犯罪人是否决意犯罪产生影响，仅仅是加重了犯罪的危害程度，即加大了罪量。对于在特情引诱后才超过判处死刑数量标准的，坚决不能执行死刑这其中的道理是显而易见的：被“诱惑”而加重的罪量不能等同于内在意志决定的罪量，后者比前者罪恶的多。所以在这种情况下，证明犯罪人最初的故意就变得非常重要。

笔者认为数量引诱，不仅是从轻情节，还应该是减轻情节。

（1）对犯罪人更容易受到“数量引诱”的蛊惑。数量的由少到多只是量的变化，犯罪人已经决意犯罪，在他看来卖十克是卖，二十克也是卖，只要贩卖毒品就是犯罪，违法成本相差不多。如果侥幸逃过的话，会获得更多的收益。很多人

① 参见吕思源、吕健：《被告人罪不至死——为司秋菊运输、贩卖毒品案中的上诉人作二审辩护》，载《政府法制·半月刊》2005年第6期（下），第52页。

出于这样的考虑，同时在特情的诱惑、劝说之下同意交易更大数额的毒品。所以说，犯罪人对毒品数量的故意心态极易被他人左右，特情的意志对数量的确定起重要作用。在这种情况下，毒品数量大小并不能准确反映犯罪人主观恶性的大小。所以应将数量引诱作为从轻、减轻情节。

（2）最初决议的数量与“被诱惑”后实施的数量差别可能很大，超过相邻法定行幅度规定的毒品数量之差，笔者主张可以减轻处罚。从轻或减轻处罚，意味着法律对存在“数量引诱”因素的案件给予更大的宽宥，充分确认了“数量引诱”的不适当，体现了法律的公平与正义。同时赋予法官更大的裁量余地，结合具体个案，给犯罪人最适当的处罚。既不会轻纵犯罪，也不会轻罪重罚。

七、毒品数量与死刑适用标准

毒品犯罪是一种严重危害公民身体健康、破坏社会秩序的犯罪，其社会危害性的大小在很大程度上取决于毒品数量的大小。毒品的种类和数量是对毒品犯罪分子裁量刑罚的重要依据，它不仅是区分某些毒品犯罪罪与非罪的界限，而且还决定着法定刑的档次。因此，在毒品犯罪中毒品数量的认定意义十分重大，毒品种类和数量的正确认定对定罪与量刑特别是量刑起着十分关键的作用。不同种类的毒品，因其对人体危害的程度有别，在立法上有不同的量刑规定。

就司秋菊运输、贩卖毒品案来说，警方查获司秋菊携带摇头丸（甲基苯丙胺）2 513粒计1 020克，这1 020克的毒品应当适用哪个量刑幅度？被告人辩称“1 020克是摇头丸的总重量，而不是甲基苯丙胺的重量”是否能得到法律的支持？从个案出发，对各种类型的毒品，走私、制造、贩卖、运输多少克为起刑点，多少克能判处无期徒刑，多少克能判处死刑？是不是达到数量标准就可以适用死刑？这些都是非常复杂并颇具争议的问题。本章试就这样几个问题展开讨论。

（一）现行立法中毒品犯罪死刑适用标准及存在的问题

1. 立法现状

我国现行刑法对毒品犯罪规定了较为严厉的处罚。这种严厉就体现在“一高两低”之中。

所谓“一高”，是指毒品犯罪的法定最高刑为死刑。走私、贩卖、运输、制造毒品罪配置有死刑，刑法规定，具有以下五种情形之一的，可以判处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产：五种情形为走私、贩卖、运输、制造鸦片 1 000 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺 50 克以上或者其他毒品数量大的；走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；武装掩护走私、贩卖、运输、制

造毒品的；以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；参与有组织的国际贩毒活动的。

所谓“两低”，①指适用死刑的毒品数量标准低；②指最低起刑点。适用死刑的数量标准为“鸦片 1 000 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺 50 克以上或者其他毒品数量大的”。这一数量标准是我国出于严厉打击毒品犯罪的目的而确立的，无论是与以往我国曾规定的数量相比，还是与国外的立法相比，这个标准都比较低，此为第一个“低”。第二个“低”指走私、贩卖、运输、制造毒品罪没有规定最低起刑点。即犯罪人只要实施走私、贩卖、运输、制造毒品的行为，就会受到刑事追诉，不论涉案毒品的数量是多还是少。如《刑法》第 347 条规定走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。”可见，毒品数量不影响定罪，只影响量刑。

这种严厉的规定也许能够在短时间内对毒品犯罪分子起到一定的震慑作用，但是从长远上看它的作用就不那么尽如人意了。而且现有规定已经直接导致我国毒品犯罪数量大，适用死刑的案件多。这样的立法是否符合“少杀，慎杀”的刑事政策，是否能有力打击日益猖獗的毒品犯罪？

2. 毒品犯罪死刑适用标准中存在的问题

（1）法定刑幅度过大，适用死刑的数量偏低。在毒品犯罪若干罪名之中，仅有走私、贩卖、运输、制造毒品罪设置有死刑。《刑法》第 347 条规定走私、贩卖、运输、制造毒品，有五种情形之一的，处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产。法定刑幅度过大，司法人员在量刑时容易出现任意裁量，导致判处的刑罚过严，造成罪刑不均衡的结果。由于在法定刑的跨幅内如何根据具体的犯罪情节，选择恰当的宣告刑，刑法未作出明确的规定，死刑适用的标准就会过于宽泛。必然导致适用死刑标准的不稳定性、不一致性和任意性，产生同罪异罚现象。此外，适用死刑的数量偏低，标准过于严苛，违背了罪刑均衡的基本原则。刑法还规定数量计算方法上采取累计计算，那些多次实施毒品犯罪的犯罪人的毒品数量很容易就达到了死刑适用的数量。虽然司法机关坚持“毒品犯罪数量不是决定判处毒品罪犯死刑的唯一标准”，但是不可否认，数量确实是导致现阶段毒品犯罪死刑数量较高的重要原因。

（2）受区域性标准的影响。由于现行刑法对毒品犯罪死刑适用标准规定过于模糊，难以指导审判工作中遇到的棘手问题。有些法院就制定了一些“意见”、“规定”之类的死刑适用标准。虽然各地自行制定的标准能够在一定程度上弥补现行刑法的不确定性，但也会造成罪质相同的案件在不同地区死刑适用的不平衡。走私、贩卖、运输、制造海洛因或者甲基苯丙胺 50 克以上的处 15 年有期徒

刑、无期徒刑或者死刑。在司法实践中如何把握这类犯罪的死刑适用数量标准呢？从当前全国范围看，有的省内部掌握的这类案件的死刑适用的数量标准是150克以上（即在没有法定酌定从宽情节的前提下，数量起决定作用），而有的却是200克、300克或400克、500克以上。

（3）直接适用分则标准，忽略总则的统领，导致“唯数额论”的结果。死刑适用条件的立法是首先在总则中规定了一个概括的标准，然后再根据这一总的标准在分则中对具体各罪规定“罪行极其严重”的具体标准。可见，总则与分则之间存在着逻辑上的先后顺序。对“罪行极其严重”的理解是我们认定毒品犯罪适用死刑的根本标准，但是由于这是一个非常抽象的概念，司法工作者在适用死刑的过程中往往是基于案情去考查是否符合分则条文的各项具体标准和条件，然后再衡量犯罪行为是否达到“罪行极其严重”这一总则规定。这样在司法实践中，我们会发现有些司法人员认为犯罪行为符合分则性规定的，就可以对号入座，化繁为简，仅仅依据分则各罪名的规定选择适用死刑，而忽略了总则中的概括规定。

从上述的这几个主要问题中，我们发现毒品数量是适用死刑的主要标准。数量标准过低，适用死刑的数量标准不明确，过于重视适用死刑的数量标准忽略其他标准是导致我国毒品犯罪死刑适用率居高不下的重要原因。毒品犯罪适用死刑的数量标准成为亟待解决的问题。

（二）关于完善毒品犯罪适用死刑的建议

有学者认为，毒品数量标准是正确适用死刑的前提条件，除了法律另有规定的，必须具备这一前提条件，才能够适用死刑。但是，毒品数量未达到死刑标准，另有从重或者加重情节的，也可以判处死刑。从重或加重情节主要有：走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；参与有组织的国际贩毒活动的；累犯；国家工作人员犯毒品罪的等。①

有的学者认为，要从以下两个方面掌握死刑：①对于是否判决死刑的案件，既要根据毒品数量的多少，又要考虑犯罪的其他情节。②走私、贩卖、运输、制造毒品，具有下列情形之一的，判处死刑，并没收财产：第一，走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；第二，武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的组织者、雇主，或者具有其他严重情节的；第三，持械或聚众以暴力抗拒检查、

① 参见沈发苑：《论毒品犯罪的死刑适用》，载《惩治毒品犯罪理论与实践》，中国政法大学出版社1993年版，第182页。

拘留、逮捕，造成人员重伤、死亡或者其他严重后果的；第四，有组织的国际贩毒活动中的首要分子、主犯；第五，利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，又具有第 347 条五项情节之一；第六，具有两个以上第 347 条五项情形之一的。[①]

有的学者认为，适用死刑的情节只能限于《刑法》第 347 条所规定的五种情节。其他任何情节，包括总则性情节和分则性情节，不具备上述情节，均不能对毒品犯罪的犯罪人适用死刑。[②]

有学者认为，应当将量刑数量标准提高到原来的 5 倍，将《刑法》第 347 条修改为走私、贩卖、运输、制造鸦片不满 1 000 克、海洛因或者甲基苯丙胺不满 50 克或者其他少量毒品的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；走私、贩卖、运输、制造鸦片 1 000 克以上不满 5 000 克、海洛因或者甲基苯丙胺 50 克以上不满 250 克或者其他毒品数量较大的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；走私、贩卖、运输、制造鸦片 5 000 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺 250 克以上或者其他毒品数量大的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产。走私、贩卖、运输、制造毒品达到前款规定的数量，同时具有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑：①走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；②武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；③强迫他人走私、贩卖、运输、制造毒品的；④以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；⑤积极参与有组织的国际贩毒活动的；利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。单位犯第 1 款、第 2 款、第 3 款、第 4 款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。[③]

（三）笔者的观点

笔者认为，大部分学者都把现行《刑法》第 347 条规定的五种情形作为适用死刑的条件，但对于具体数量标准，毒品数量是否是判处死刑的必要条件的问题上有不同的观点。综而观之，最后一种观点较为可取。具体理由如下：

1. 关于“毒品数量＋严重情节”的立法模式

---

① 参见赵长青主编：《中国毒品问题研究》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 356 页。

② 参见赵秉志，于志刚：《毒品犯罪》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 117 页。

③ 参见赵秉志主持：《五种常见多发犯罪之立法完善研究——以死刑适用标准的立法完善为重点》，北京师范大学刑事法律科学研究院编制，第 24 页。

（1）这种立法模式能够充分体现毒品犯罪的性质，证明犯罪的成立。《刑法》第347条仅仅把毒品数量当作是可适用死刑的充分条件，而不是必要条件，这样的立法人为地加重了毒品犯罪的罪质。毒品犯罪对社会的危害主要是通过毒品自身的有毒性体现出来的，涉案毒品的数量越大，对社会造成的危害就越大。只有走私、贩卖、运输、制造毒品达到一定的数量，才有可能认为其行为对社会的危害达到极为严重的程度。较大数量的毒品是毒品犯罪危害社会的载体，失去了这个载体，该种犯罪的社会危害性就失去了存在的基础。可以说，毒品犯罪的定罪离不开一定数量的毒品，更何况是适用死刑的毒品犯罪。

从司法实践的角度来看，要认定犯罪嫌疑人具有"走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；参与有组织的国际贩毒活动的"这些法定情节，也必须基于缴获一定数量的毒品。否则，如何证明犯罪嫌疑人参与的、掩护的是毒品犯罪，如何证明其因为毒品犯罪抗拒检查、拘留和逮捕。所以说，无论从犯罪的实质要件的角度，还是从实际认定走私、贩卖、运输、制造毒品罪的角度，毒品数量是说明毒品犯罪罪质，证明毒品犯罪成立的重要因素。

（2）在毒品犯罪死刑未被废除之前，能够限制死刑适用，克服司法实践中"唯数额论"的倾向。走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪，即使毒品的种类和数量达到了适用死刑的条件，也不能仅据此适用死刑，还必须在此基础上进一步考察走私、贩卖、运输、制造毒品的背景条件、行为性质、行为方式、危害后果及其行为人的人口统计学特征、案前的品行、案后的态度等各种能充分反映犯罪人人格特征的因素，并在对其综合判断后，认为行为人所犯罪行确实已经达到了"极其严重"的程度时，才可以动用死刑。① 这是在毒品犯罪中严格适用死刑的应有态度。

以毒品数量为第一条件，再继续考察犯罪是否具有其他"严重情节"，二者兼备才能判处死刑。因为只有数量和严重情节兼备才能表明犯罪人具有严重的主观恶性和人身危险性，"严重情节"与毒品犯罪数量要件一道，表明行为人既实施了客观危害极为严重的犯罪行为，且其主观恶性和人身危险性也很大，达到罪行极其严重的程度，可以适用死刑。这样的模式一旦得到了立法的确认，有助于改变实践中"唯数额论"的作法。司法实践中，许多法官将毒品数量作为量刑的唯一标准，往往把某一毒品数量作为死刑适用的分界线，而不综合考虑案件全部事实是否达到总则规定的"罪行极其严重"的程度，这种唯数额论的做法应该抛

---

① 参见赵秉志：《死刑改革探索》，法律出版社2006年版，第182页。

弃。[①] 纠正了这种错误的量刑方式，必然会大量削减毒品犯罪的死刑适用。它将刑法总则对死刑适用的指导性原则充分地体现在为刑法分则之中，使审判人员有了非常明确的标准得以参照。这实际上是提高了适用死刑的标准，是减少毒品犯罪死刑适用的现实路径。

（3）“毒品数量＋严重情节”能更好地体现罪刑均衡。自从贝卡利亚创造性地设计了一个“罪刑阶梯”以后，罪刑均衡反映在人们头脑中的就是两个阶梯的对应。“……一个由一系列越轨行为构成的阶梯，它的最高一级就是那些直接毁灭社会的行为，最底一级就是对于作为社会成员的个人所可能犯下的、最轻微的非正义行为。在这两极之间，包括了所有侵害公共利益的、我们称之为犯罪的行为，这些行为都沿着这无形的阶梯，从高到低顺序排列。”[②] 虽然我们希望任何一个犯罪行为都能在刑罚阶梯上找到对应最精确的那个点，但是没有一个人能够肯定自己的意见最为准确，于是“比较”“排序”是我们能够找到的最好方法。通过与更重的罪比较，与相似的罪比较，能够找到相对准确的量刑。

毒品犯罪是侵害社会管理秩序的非暴力犯罪。笔者试将本罪与抢劫罪和集资诈骗罪、票据诈骗罪、信用证诈骗罪的死刑立法模式作以比较。以上三种犯罪都设置有死刑，抢劫罪的死刑立法模式为选择式，即规定死刑适用的几种具体情形，行为人的行为必须符合具体情形之一的，才可以适用死刑。《刑法》第 263 条列举了抢劫罪适用死刑的 8 种情形，有具体情形之一的，即可选择适用死刑。集资诈骗罪、票据诈骗罪、信用证诈骗罪的死刑立法模式为并列式，即规定行为人的行为必须同时符合几个条件时，才可以适用死刑。《刑法》第 199 条规定“数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”。

抢劫罪中直接体现数量标准的是第 4 项“多次抢劫或者抢劫数额巨大的”，抢劫罪是直接侵害人身权利和财产权利的一种具有暴力性质的犯罪，从侵害的客体来说，人身安全和财产安全的复杂客体显然比国家管理制度更为重要；从犯罪手段上来说抢劫罪具有暴力因素，毒品犯罪并不以暴力手段作为犯罪构成的基本要素，抢劫罪具有更直接更严重的危害性；主观恶性相似，都是以获得非法利益为目的的故意犯罪；犯罪主体都是一般主体。综合以上一些因素，笔者认为抢劫行为的社会危害性大于走私、贩卖、运输、制造毒品的行为，罪质更为严重的抢

① 参见赵秉志等：《当代中国死刑问题聚焦——死刑的存废、适用标准及改革完善学术观点综述》，北京师范大学刑事法律科学研究院，2005 年 10 月，第 53 页。

② 参见［意］贝卡利亚：《犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社，1993 年版，第 66 页。

劫罪的死刑适用标准尚且是“数额巨大”，要对罪质较轻的走私、贩卖、运输、制造毒品罪适用死刑，理应使适用标准更为严格，具有更为严重的犯罪情节，这样才能使罪与刑的天平达到平衡，否则将导致异罪同罚。对比现有刑法毒品犯罪死刑的适用标准“毒品数量或者其他严重情节”，显然毒品犯罪适用死刑的标准较低。

集资诈骗罪、票据诈骗罪、信用证诈骗罪侵害的是社会主义市场经济秩序，其客体与毒品犯罪侵害客体具有相似性，手段都为非暴力性，都是贪利型犯罪，社会危害程度大体相当。前者的死刑适用标准为“数额特别巨大＋特别重大损失”，毒品犯罪死刑适用标准与之相比还是比较低。

综上，笔者认为，毒品犯罪的死刑标准采取“毒品数量＋严重情节”的模式，能够改变毒品犯罪量刑偏重的现状，更好地体现罪行均衡的原则。

2. 关于毒品数量标准提高到原来的5倍

之所以将数量标准提高到原来的5倍，是因为“第一，这是贯彻宽严相济的刑事政策，将刑法打击锋芒指向严重毒品犯罪的要求。第二，现行刑法条文规定的走私、贩卖、运输、制造毒品罪的量刑数量标准过于严苛，有违罪责刑相适应原则的要求。第三，这是大幅度减少走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪分子死刑适用数量的要求。第四，如果不将走私、贩卖、运输、制造毒品罪的量刑数量标准及时加以调整，可能导致不同地区毒品犯罪量刑数量标准严重不统一，从而损害刑罚的公正性，破坏法治的统一。”①

笔者赞同以上的理由。同时笔者还认为现行刑法对走私、贩卖、运输、制造毒品罪规定的数量标准是基于多年以来我国打击毒品犯罪的实践经验，同时参考国外的有关立法例而作出的规定。现有标准较之以往更为严格，回顾毒品犯罪的立法沿革，我们可以发现这是一个从宽到严的过程，20世纪80年代以前毒品犯罪数量少，发生率低，危害不大，故而刑法量刑数量标准高，后来毒品犯罪日趋严重，在“乱世用重典”遏制犯罪思想的作用下，我们降低了数量标准。但是，立法者忽略了一个问题，社会生产力的发展，人民生活水平的提高，社会转型期到来，生存压力变大等因素，导致多种犯罪的发生率上升，另外一个方面我们要看到，社会文明程度的提高，成员对于犯罪的容忍度也会随之提高，而且毒品犯罪本身受到国际毒品犯罪的影响较大，毒品犯罪已经不再是单独一个国家或地区的社会问题，它是全人类的共同问题。在这样的背景下，毒品犯罪的量刑的数量

---

① 参见赵秉志主持：《五种常见多发犯罪之立法完善研究——以死刑适用标准的立法完善为重点》，北京师范大学刑事法律科学研究院编制，第26页。

标准就不仅仅要受到我国的传统文化、历史条件、道德伦理等因素的影响，还会不可避免地受到来自国际上的量刑标准的影响。社会对毒品犯罪容忍度的提高，受国际上量刑标准影响的直接表现就是认定犯罪所需的毒品数量会越来越大。

（四）毒品纯度对于毒品犯罪量刑的影响

谈到毒品数量我们不可避免地会联想到毒品纯度问题。因为实践中鲜有纯度为100%的毒品，缴获的“毒品”是含有一定数量真正意义上的毒品的混合物。由于有毒物质从百分之几到百分之七八十的含量不等，是否以纯度计算对量刑结果影响很大，尤其是达到死刑的量刑标准时，是否按纯度计算就是生死攸关的大事了。我国刑法规定毒品不以纯度计算，在毒品犯罪中许多犯罪嫌疑人提出缴获管制物品的数量不是毒品的数量，以量刑过重为由为自己辩护，或者提出上诉。司秋菊运输、贩卖毒品案中，被告人辩称“1 020克是摇头丸的总重量，而不是甲基苯丙胺的重量”，类似这种情况在司法实践中普遍存在。我们应当如何处理毒品纯度的问题，应当按照怎样的原则来量刑呢？

1. 关于以毒品纯度计算数量的争论

有的论者主张以毒品的纯度计算数量，主要理由是：

（1）任何具体事物都是质和量的统一体，毒品也是如此。毒品之所以是毒品，不仅是因为在某种物质内含有特定的毒性成分，还必须有特定的量，才会有一定的危害性，成为刑法意义上的毒品。[①]

（2）各类毒品的性质以及同种类毒品纯度的不同，其毒理作用也表现出较大的差异与不同。1克海洛因与1克大麻不能同等而论，5%的海洛因与80%的海洛因意义也大不相同。[②] 毒品含量的大小，在一定程度上反映了某种毒品对社会危害程度的大小。对毒品作准确的定量分析是必要的，能保证稳、准、狠地打击毒品犯罪，教育和挽救犯罪分子。[③]

（3）应对毒品的纯度或质量标准作出规定，防止在实践中出现某些定罪量刑与社会危害程度不相称的情形。若不制订一定标准，对毒品予以折算，则会导致毒品向精制化和高纯度发展，而犯罪分子所冒风险越小，处罚越轻，不利于同毒品犯罪作斗争。[④]

有的论者反对以纯度计算毒品数量，主要观点有：

---

① 参见赵秉志：《毒品犯罪研究》，中国人民大学出版社1993年版，第96页。

② 参见朱恩涛：《国内外禁毒立法纵观》，群众出版社1997年版，第126页。

③ 参见曾喜田：《关于毒品犯罪中毒品定量问题的探讨》，载《广西法学》1995年第4期，第35页。

④ 参见欧阳涛、陈泽宪：《毒品犯罪及对策》，群众出版社1992年版，第194页。

（1）对毒品纯度的折算，会轻纵毒品犯罪分子，特别是对贩卖毒品数量很大，而纯度较低的犯罪分子会造成重罪轻判，不利于遏制日益猖獗的毒品犯罪。[①]

（2）犯罪分子不是以毒品的含量作为单位交易的，况且所有毒品都必须掺入添加剂方能吸食，公安机关查获的毒品数量就是犯罪分子主观上意欲进行毒品犯罪的数量，对毒品根据含量折算，人为地改变毒品的数量与犯罪分子的主观意志不符。[②]

（3）毒品的种类繁多，其纯度的标准无从确定，对毒品纯度折算必须经过科学实验，花费时间，拖延办案周期，增加财政负担，不利于迅速有效打击毒品犯罪。[③]

（4）低纯度的毒品与高纯度的毒品社会危害性相同。低纯度的毒品，价格低，容易扩大市场，增加贩卖量，获取高额利润，对一般贫困者特别是青少年具有较大的吸引力，是吸毒者居高不下、毒品广泛扩散蔓延的一个重要根源。[④]

综观以上争论，我们发现支持者和反对者各执一词，都具有一定的合理性，又都有各自的缺陷。计算纯重量的做法，是为了以共同掌握的统一标准计算不同犯罪的毒品数量，以作为定罪量刑的标准，力图实现公正统一。但是这种做法，有减弱行为人的主观恶性、与犯罪人的主观意识不符之嫌，使主客观一致的归罪原则遭到破坏。

如果法官机械地执行《刑法》第 357 条，会产生很多轻罪重判的案件。例如，张某将 50 克海洛因溶解在 1 000 毫升矿泉水内，某一审法院竟认定张某运输 1 000 克海洛因，判决张某死刑立即执行。鉴于各地在审理毒品案件时在处理毒品定量问题出现的情况，2000 年 4 月 4 日，最高人民法院下发了关于印发《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》的通知（以下简称《纪要》），再次谈及毒品纯度问题，指出根据刑法的规定，对于毒品的数量不以纯度折算。但对于查获的毒品有证据证明大量掺假，经鉴定查明毒品含量极少，确有大量掺假成分的，在处刑时应酌情考虑。特别是掺假之后毒品的数量才达到判处死刑标准的，对被告人可不判处死刑立即执行；为掩护运输而将毒品融入其他物品中，不应将其他物品计入毒品的数量。

---

① 参见张辛陶：《毒品犯罪的认定与案例分析》，人民法院出版社 2000 年版，第 132 页。

② 参见赵天红：《毒品数量与量刑的关系》，载《检察日报》2000 年 6 月 29 日。

③ 参见刘家琛：《新刑法条文释义（下）》，人民法院出版社 2002 年，第 940 页。

④ 参见傅名剑、郑燕杰：《海南省毒品犯罪违法犯罪的调查与分析》，载《海南社会科学通讯》2003 年第 3 期，第 24 页。

2. 笔者的观点

《纪要》是对现行刑法的修正，能够避免出现轻罪重罚的案件。但是这样的小修小补不能从根本上解决量刑难题。笔者认为毒品纯度不影响犯罪的定性，但影响犯罪的量刑。具体而言，在决定适用哪一格法定刑时可以不考虑毒品纯度，在确定法定刑幅度后，应当将纯度作为量刑情节在这一法定刑幅度内加以考虑，对于高纯度的毒品，量刑时可以从重或加重处罚。从控制死刑适用的刑事政策出发，毒品犯罪适用死刑应当考虑毒品的纯度。

（1）毒品数量是确定法定刑幅度的基点，在确定法定刑幅度后再考虑纯度问题。几乎所有的毒品都不可能达到百分之百的纯度，纯度为80％以上的毒品已是非常少见，而且较高纯度的毒品都不可能被直接吸食，必须将毒品的纯度通过稀释的办法降下来，我们多见的是各种被掺入配方剂的含有有效毒品成分的混合物。可以说混合物是毒品存在的必然状态，无论是普通人还是犯罪人，对毒品犯罪中涉案毒品的认识都是这些混合物。至于混合物的主要成分、纯度的高低只是毒品的主要特征。对这些特征的了解，是出于谋取非法利润的目的。因为毒品含量越高，售价就越高，毒品的价格正是与毒品的种类和纯度成正比的。同时毒品的成交价越高说明纯度越高，毒害性越大。警方查获的毒品数量正是犯罪人主观上要进行毒品犯罪的数量，以这样的数量确定法定刑幅度，遵循了主客观相统一的原则。

我们对毒品犯罪网络稍加研究就能发现，毒品从生产到消费的这个过程中，越接近毒品来源的毒品纯度往往越高。那些国际贩毒集团，例如臭名昭著的“坤沙集团”为了降低交易风险，改进生产工艺，生产出纯度高达99％的海洛因。[①]他们是毒品的来源地，位于毒品犯罪网络的最上层。在他们之下就是一层层的毒品转运站，经过的转运站越多，毒品就越接近消费人群，这样，最初的高纯度大数量的毒品被逐渐分割、稀释，最终到达吸毒者。在这样的体系中，进入到毒品网络最底层的毒品，因为是直接出售给吸毒者的，所以毒品纯度通常最低，但是因为经过多次稀释，从毒品数量上看是最多的。位于最顶层的毒品往往纯度最高，数量最少。

但我们要注意，数量是一个总体的量，不是某一个贩毒集团控制的毒品数量。从事毒品犯罪的犯罪集团数量通常也是越上层的越少，越下层的越多。看似数量庞大的最下层毒品被多个单位分化之后，每个贩毒集团的毒品量就不那么多。

---

① 参见郦毓贝主编：《毒品犯罪司法适用》，法律出版社2005年版，第12页。

笔者认为，除去制造毒品或者走私毒品集团，从大毒枭手中购得毒品再转手卖出的各个中间毒贩的犯罪罪质大体相当（都是贩卖毒品），对社会危害性大小可以通过数量来衡量。以数量作为选择法定刑幅度的做法在大部分时候能够做到罪行均衡。制造毒品或走私毒品集团的量刑问题在第二点中讨论。

（2）确定法定刑幅度之后，将毒品纯度作为量刑情节，在法定刑幅度内考虑。对高纯度的毒品，量刑时可以从重或加重处罚。毒品扩散往往依赖于一个多层次跨地区的生产、运输、销售网络。高纯度不但标志着同等数量的毒品会对社会造成更严重的危害，还因为它可以证明被告在贩运毒品整个环节中的作用或地位。因为贩运过程中受管制物质经常被稀释或掺入其他物质，所以犯罪分子持有高纯度麻醉品的事实足以说明其在犯罪行业中以及接近毒品来源方面的突出地位。所以，我们在具体量定刑罚时，要考虑到毒品纯度的问题。在毒品网络中居于越高的地位，说明犯罪人的主观恶性越大，因为他很可能起到组织作用。对于纯度很高的毒品，甚至可以考虑加重处罚。纯度高但数量少的情形，如果仅从数量出发，忽略纯度就是没有考虑嫌疑人在毒品网络中的较高地位，他要么是制造、走私毒品集团成员，要么与制造、走私毒品集团有最紧密的联系。对这样的犯罪人可以从重或加重处罚，以体现罪刑均衡。

（3）从控制死刑适用的刑事政策角度出发，毒品犯罪适用死刑应当考虑纯度。如上文所述，毒品犯罪中毒品纯度是反映犯罪人社会危害性与主观恶性大小的重要依据，判处死刑的，应当考虑毒品的纯度。对于毒品含量极少，通过大量掺杂，掺假后达到死刑适用的数量标准的时候就不能判处死刑。严格控制死刑的适用是我国现阶段的刑事政策，全面考虑犯罪情节有助于判断犯罪人的罪行是否达到了极其严重的程度。在决定是否判处死刑的时候，我们应当抱着谨慎、保守的态度。

八、结语

本文从刑法学、犯罪学的角度对毒品犯罪适用死刑的正当性进行了反思，还对毒品犯罪的量刑及适用死刑的问题提出了自己的看法。并得出以下结论：

（1）对毒品犯罪适用死刑缺乏正当性。死刑对杀人的严重危及人身安全等暴力性犯罪适用死刑具有正当性，毒品犯罪的恶害与死刑报应的恶害不等价、不等量。毒品犯罪不符合总则中适用死刑的“罪行极其严重”的规定，本章从毒品犯罪的罪质、行为方式、犯罪目的、社会危害性的角度，分析了犯罪的严重程度。指出毒品滥用者在根本上刺激了毒品犯罪的产生和发展，他们存在主观过错，这使得毒品犯罪的社会危害性在一定程度上被削弱。因此法律不能要求毒品犯罪人

承担所有的责任。从犯罪学角度论述了毒品犯罪具有相对性，随着医学技术的提高，社会成员对毒品认识的深入，毒品将逐渐被社会容忍，严厉刑罚不是应对毒品犯罪的有效途径。

（2）从刑法法理和政策双重角度出发，在我国刑事实体领域内对“犯意诱发型”犯罪应当以无罪处理。在“数量引诱”案件中，数量引诱是从轻或减轻情节。

（3）《刑法》对毒品犯罪适用死刑标准存在问题，应当对其进行修改。应当采取“毒品数量＋严重情节”的立法模式，并将数量标准提高到原来的5倍。同时认为毒品纯度是确定法定刑幅度之后的量刑情节，对毒品纯度较高的，可以加重处罚，判处死刑的应当考虑纯度问题。

（4）浙江省高级人民法院对本案的改判，充分考虑了运输毒品行为本身的特点和本案的具体情况，无论从法理上还是法律适用上看，都是较一审判决更为妥当。

（撰稿人　王仲菊）

附件一：

浙江省杭州市中级人民法院
刑事判决书

（2001）杭刑初字第 173 号

公诉机关：浙江省杭州市人民检察院

被告人司秋菊，女，1972 年 9 月 21 日出生，汉族，黑龙江省牡丹江市人，初中文化程度，农民，住黑龙江省牡丹江市东安区兴隆镇兴隆村。因本案于 2001 年 8 月 6 日被刑事拘留，同年 9 月 11 日被逮捕。现押于杭州市看守所。

指定辩护人吴红民，浙江汇忱律师事务所律师。

被告人李小梅，女，1978 年 5 月 19 日出生，汉族，福建省寿宁县人，小学文化程度，农民，住福建省寿宁县芹洋乡阜莽村。因本案于 2001 年 8 月 6 日被刑事拘留，同年 9 月 11 日被逮捕。现押于杭州市看守所。

辩护人熊辉伦，浙江九恒律师事务所律师。

浙江省杭州市人民检察院以（2001）杭检刑诉字第 244 号起诉书指控被告人司秋菊、李小梅犯运输、贩卖毒品罪，于 2001 年 12 月 5 日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。浙江省杭州市人民检察院指派检察员章俊、代理检察员沈月鸿出庭支持公诉，被告人司秋菊、李小梅及其辩护人吴红民、熊辉伦到庭参加诉讼。现已审理终结。

浙江省杭州市人民检察院指控 2001 年 8 月 3 日，被告人司秋菊、李小梅在孙晓芬（小名“雪儿”，另案处理）的指使下，携带毒品甲基苯丙胺（俗称摇头丸）2 513 粒，计 1 020 克，乘火车从福州至杭州，并于次日上午 10 时许，在杭州市华辰大酒店 8010 房间以孙晓芬事先谈好的价格将上述毒品甲基苯丙胺贩卖给韩某、高某某、张某某。为证实指控的事实，公诉人当庭宣读和出示了证人韩某、高某某、张某某证言、同案人孙晓芬供述、毒品检验鉴定书及照片、扣押物品清单、住宿登记单、情况说明和户籍证明等。据此认为被告人司秋菊、李小梅犯有运输、贩卖毒品罪，但在共同犯罪中，被告人司秋菊、李小梅起次要作用，属从犯，请求依法惩处。

被告人司秋菊辩解其没有贩卖毒品，并认为证人韩某、高某某、张某某的证言内容不真实。其辩护人提出被告人司秋菊没有实施贩卖毒品的行为，司为从犯，本案的毒品尚未流入社会，且司认罪态度较好，请求对司从宽处罚。被告人李小梅辩解其不明知携带的是毒品，并认为证人韩某、高某某、张某某的证言内容不真实。其辩护人提出被告人李小梅的行为仅构成运输毒品罪，且毒品没流入社会，李系从犯、初犯、偶犯，认罪态度较好，请求从宽处理。

经审理查明，2001 年 8 月 3 日，被告人司秋菊、李小梅应孙晓芬（另案处理）的要求，携带毒品甲基苯丙胺（俗称摇头丸）2 513 粒，计 1 020，乘坐火车从福州至杭州，并于次日上午 10 时许，在杭州市华辰大酒店 8010 房间将上述毒品甲基苯丙胺交给韩某、高某某、张某某。被公安机关当场抓获并缴获上述毒品。

上述事实由公诉机关出举的下列经庭审质证的证据证实：（1）同案人孙晓芬证言证实因杭州的高某某向其购买毒品，被告人司秋菊、李小梅应其要求送 2 500余粒摇头丸至杭州交给高某某，后两被告人被抓获的事实。（2）证人韩某证言证实孙晓芬与其妻联系要求销售摇头丸并商谈价格、数量后，孙要求被告人司秋菊、李小梅携带 2 500 余粒摇头丸至杭州，正在杭州华辰大酒店交货时被抓获的情况。（3）证人高某某证言证实其与孙晓芬商谈好摇头丸的数量、价格，并看好样品后，孙要求被告人司秋菊、李小梅携带 2 500 余粒摇头丸至杭州，在华辰大酒店交货时被当场抓获的情况。（4）证人张某某证言证实其和韩某、高某某在杭州华辰大酒店与被告人司秋菊、李小梅交货时被当场抓获的情况。（5）杭州市公安局毒物检验鉴定书证实所抽取的检材中均检见甲基苯丙胺。（6）杭州市公安局江干区分局扣押物品清单和杭州市公安局毒品上交清单证实毒品扣押和上交数量等情况。（7）另有公安机关的情况说明、抓获经过、住宿登记单、户籍证明等取证在案。（8）被告人司秋菊、李小梅对其运输毒品的时间、地点、毒品的种类、数量、经过情况均有供述在案，所供不仅相互一致，且与前列证据相印证。

本案事实清楚，证据确实充分。

被告人司秋菊、李小梅辩解证人韩某、高某某、张某某证言内容不属实。经查，该 3 证人证言不仅相互一致，且与两被告人在侦查阶段的供述相印证，应认定这些证言真实有效。被告人李小梅辩称其不明知携带的是毒品，经查，其在侦查阶段供述同案人孙晓芬告知其携带毒品“摇头丸”至杭州，且其在交货时也明确告知对方“摇头丸”的质量较好，而其在法庭上的辩解无相应证据证实，本院不予采信。

本院认为，被告人司秋菊、李小梅结伙运输毒品的行为已构成运输毒品罪，

公诉机关指控两被告人将毒品以孙晓芬事先谈好的价格卖给韩某等人的证据不足，故指控其犯运输、贩卖毒品罪不当，应予纠正。被告人司秋菊、李小梅的辩护人提出司、李的行为仅构成运输毒品罪的意见予以采纳。两被告人的辩护人提出司、李是从犯，经审理认为，被告人司秋菊、李小梅直接实施了运输毒品的行为，并在共同运输毒品犯罪中均积极实施，配合默契，作用明显，不能认定为从犯，上述辩护意见不能成立，本院不予采信。鉴于两被告人运输毒品数量极大，故两被告人的辩护人提出的毒品未流入社会，且两被告人认罪态度较好等请求酌情从宽处理的意见本院不予采纳。据此，依照《中华人民共和国刑法》第 347 条第 2 款第（二）项、第 25 条第 1 款、第 48 条第 1 款、第 57 条第 1 款之规定，判决如下：

一、被告人司秋菊犯运输毒品罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产。

二、被告人李小梅犯运输毒品罪，判处死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产。

如不服本判决，可接到判决书的第 2 日起 10 日内，通过本院或者直接向浙江省高级人民法院提出上诉，书面上诉的，应当提交上诉状正本 1 份，副本两份。

审判长：池海江

代理审判员：杨纬文

代理审判员：韩　骏

2001 年 12 月 26 日

本件与原本核对无异

书记员：钟　黎

附件二：

杭州市人民检察院
刑事抗诉书

（2002）杭检刑抗2号

原审被告人司秋菊，女，1972年9月21日出生，汉族，黑龙江省牡丹江市人，初中文化程度，农民，住黑龙江省牡丹江市东安区兴隆镇兴隆村。因本案于2001年8月6日被刑事拘留，同年9月11日被逮捕。现押于杭州市看守所。

原审被告人李小梅，女，1978年5月19日出生，汉族，福建省寿宁县人，小学文化程度，农民，住福建省寿宁县芹洋乡阜莽村。因本案于2001年8月6日被刑事拘留，同年9月11日被逮捕。现押于杭州市看守所。

原审被告人司秋菊、李小梅运输、贩卖毒品一案，由杭州市公安局侦查终结移送本院审查起诉，本院于2001年12月5日提起公诉。杭州市中级人民法院在12月26日以（2001）杭刑初字第173号刑事判决书依照《中华人民共和国刑法》第347条第2款第（一）项、第25条第1款、第48条第1款、第57条第1款之规定作出判决：（1）被告人司秋菊犯运输毒品罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产：（2）被告人李小梅犯运输毒品罪，判处死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产。本院于2001年12月28日收到该刑事判决书，经依法审查，本案的事实如下：

2001年8月3日，原审被告人司秋菊、李小梅在孙晓芬（小名“雪儿”，另案处理）的指使下，携带毒品甲基苯丙胺（俗称“摇头丸”）2 513粒，重量计1 020克。乘火车从福州至杭州，并于次日上午10时许，在杭州华辰大酒店8010房间以孙晓芬事先谈好的价格将上述毒品甲基苯丙胺贩卖给韩某、高某某、张某某。

原审被告人司秋菊、李小梅的上述犯罪事实清楚，证据确实、充分，足以认定。

本院认为：原审被告人司秋菊、李小梅在孙晓芬的指使下，贩卖、运输毒品的行为，是贩卖、运输毒品的共同犯罪，且两被告人在共同犯罪中起次要作用，

属从犯。一审判决对本案只作为一起单纯的运输毒品犯罪认定，并因此而不认定原审被告人司秋菊、李小梅为从犯的判决，在认定事实和定性上确有错误，从而导致量刑畸重。具体理由如下：

1. 纵观本案，这是一起由孙晓芬与原审被告人司秋菊、李小梅结伙共同进行贩卖、运输毒品的犯罪案件

（1）原审被告人司秋菊、李小梅在主观上明知是要将孙晓芬的2 513粒“摇头丸”送到杭州贩卖给他人的，在主观上具有贩卖、运输毒品的共同故意。对此，孙晓芬供认：这批“摇头丸”是要以事先说好的价格卖给杭州的购毒者的。原审被告人司秋菊也供认事先就知道对该批“摇头丸”的买卖价格、付款方式等已由孙晓芬与杭州的购买者谈好了。证人韩某、高某某也证实他们确实事先与孙晓芬谈好了该批“摇头丸”的买卖价格、付款方式。这些证人的证言能够完全证实原审被告人司秋菊的这一供述是真实的。故证明本案原审被告人与孙晓芬具有贩卖毒品的主观共同故意的证据是确实充分的。很明显，原审被告人司秋菊、李小梅所具体实施毒品犯罪中的运输行为的直接目的是为了贩卖毒品，而决不是为了自己吸食或是为了其他的目的。

（2）客观上原审被告人司秋菊、李小梅将毒品运输到杭后，即到杭州华辰大酒店 8010 房间与购买者接头、与购买者当场验货、将毒品直接交付给购买者。由此，最终完成了贩卖的行为，达到了贩卖该 2 513 粒“摇头丸”的目的。这些行为都是贩卖毒品最直接、最主要的行为表现。故原审被告人司秋菊、李小梅不仅实施了运输毒品的犯罪行为，而且还直接实施了贩卖毒品的犯罪行为。上述的贩卖事实，不仅是贩卖行为的客观表现，同时又是对她们具有贩卖毒品的主观故意的最有力的证明。所以原审被告人司秋菊、李小梅的行为符合贩卖、运输毒品罪的构成要件，构成贩卖、运输毒品罪。而一审法院却将本案共同贩卖、运输毒品的犯罪事实人为地割裂开来，不认定原审被告人司秋菊、李小梅具有共同贩卖毒品的故意和行为，只把它认定为由原审被告人司秋菊、李小梅独立实施的一起单纯的运输毒品案，这是不符合本案的客观事实的，没有如实客观地反映本案的真相和全貌。

2. 本案对原审被告人司秋菊、李小梅应依法认定为从犯

本案是由孙晓芬起意、策划、指使、操纵所实施的毒品犯罪。首先，贩卖、运输毒品的起意者为孙晓芬，所贩卖、运输的毒品所有者也是孙晓芬，贩卖、运输毒品的活动是在孙晓芬的指使下进行的。其次，原审被告人司秋菊、李小梅将毒品运输到杭后，在何时、何地、将毒品贩卖给何人等一系列贩卖行为，都是由坐镇在福州的孙晓芬遥控指挥下进行的。原审被告人司秋菊、李小梅在本案中所

做的一系列具体的运输、贩卖行为，都是听从孙晓芬指挥的、为孙晓芬服务的。在本案中，如果脱离了主使人孙晓芬，两被告人是无法独立地进行毒品犯罪活动的。因此，在本案中，孙晓芬与原审被告人司秋菊、李小梅之间存在着明显的主从地位之分。一审判决由于没有客观如实地认定本案是一起共同贩卖、运输毒品的犯罪，只认定是由原审被告人司秋菊、李小梅独立实施的一起简单的运输毒品的犯罪，故无法客观准确地认定两被告人的从犯地位，这是错误的。

3. 一审判决由于没有正确认定本案的共同犯罪事实，定性不当，未客观地认定原审被告人司秋菊、李小梅为从犯，从而导致量刑畸重。同时，本案贩卖、运输“摇头丸”2 513 粒是在特情“数量引诱”的情况下发生的，贩卖行为是在公安机关的控制之下，毒品没有流入社会，社会危害程度已大大减轻，依法应对原审被告人司秋菊、李小梅从轻处罚。但一审法院对上述所有这些事实、情节却不予理会，仍判处被告人司秋菊死刑；判处被告人李小梅死缓。这是不符合最高人民法院关于审理毒品犯罪案件的有关规定精神的。因此，一审判决的量刑是畸重的。

综上所述，原审被告人司秋菊、李小梅在他人的指使下贩卖、运输毒品的行为，已触犯《中华人民共和国刑法》第 347 条第 2 款第 1 项之规定，构成贩卖、运输毒品罪。原审被告人司秋菊、李小梅在共同犯罪中起次要作用，是从犯，适用《中华人民共和国刑法》第 27 条之规定。杭州市中级人民法院一审以运输毒品罪判处被告人司秋菊死刑，判处被告人李小梅死刑，缓期两年执行。该判决在认定事实、情节上确有错误，定性不当，导致量刑畸重。本院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 181 条之规定，特向你院提出抗诉，请依法改判。

此致

浙江省高级人民法院

检察员：章　俊

2001 年 12 月 31 日

附件三：

浙江省高级人民法院
刑事判决书

（2002）浙刑一终字第11号

抗诉机关：浙江省杭州市人民检察院

上诉人（原审被告人）司秋菊，女，1972年9月21日出生，汉族，黑龙江省牡丹江市人，农民，住牡丹江市东安区兴隆镇兴隆村。因本案于2001年8月6日被刑事拘留，同年9月11日被逮捕。现押浙江省杭州市看守所。

辩护人吕思源、吕健，浙江思源昆仑律师事务所律师。

上诉人（原审被告人）李小梅，女，1978年5月19日出生，汉族，福建省寿宁县人，农民，住寿宁县芹洋乡阜莽村。因本案于2001年8月6日被刑事拘留，同年9月11日被逮捕。现押浙江省杭州市看守所。

指定辩护人娄建江，浙江浙元律师事务所律师。

浙江省杭州市中级人民法院审理杭州市人民检察院指控被告人司秋菊、李小梅犯运输、贩卖毒品罪一案，于2001年12月26日作出（2001）杭刑初字第173号刑事判决。杭州市人民检察院提出抗诉；被告人司秋菊、李小梅均不服，分别提出上诉。本院依法组成合议庭，对本案进行了公开开庭审理。浙江省人民检察院代理检察员程静、邹志刚出庭执行职务，被告人司秋菊、李小梅及各自的二审辩护人吕思源、吕健、娄建江到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原判认定：2001年8月3日，被告人司秋菊、李小梅应孙晓芬（另案处理）的要求，携带毒品甲基苯丙胺（摇头丸）2 513粒计1 020克，乘坐火车从福州至杭州，并于次日上午10时许，在杭州华辰大酒店8010房间，将上述毒品交给韩某、高某某、张某某时，被公安机关当场抓获并缴获全部毒品。

原审以运输毒品罪，分别判处被告人司秋菊死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；判处被告人李小梅死刑，缓期二年执行，剥夺政治

权利终身，并处没收个人全部财产。杭州市人民检察院抗诉提出：被告人司秋菊、李小梅在孙晓芬的指使下贩卖、运输毒品，其行为均已构成贩卖、运输毒品罪；二被告人在共同犯罪中起次要作用，均系从犯；原审将本案只作为一起单纯的运输毒品犯罪认定，并因此不认定二被告人为从犯，在认定事实和情节上确有错误，从而导致定性不当，量刑畸重；同时，本案贩卖、运输 2 513 粒摇头丸是在特情数量引诱下发生的，贩卖行为又在公安机关的控制之下，毒品没有流入社会，对社会的危害程度大大减轻，依法应对两被告人从轻处罚。出席二审法庭的检察员认为杭州市人民检察院的抗诉有理，予以支持。被告人司秋菊上诉提出：其只知道送到杭州的是兴奋剂，不知道是毒品；1 020 克是摇头丸的总重量，而不是甲基苯丙胺的重量；其在共同犯罪中起次要作用，属从犯；其还主动配合公安机关到福州去抓孙晓芬，有立功表现；原判认定事实有误，量刑过重，要求从轻处罚。司秋菊的二审辩护人提出：本案所有证据证明了司秋菊根本不知道所带之“货”为摇头丸，并且就是毒品，不具备构成本罪的主观要件，原判认定事实不清，证据不足，适用法律错误，实属错判；即便一审认定司的行为构成犯罪，也应认定为贩卖、运输毒品罪，且司系从犯并主动要求并配合公安机关到福州去抓孙晓芬，本案有特情数量引诱的情节，原判定性不当，量刑畸重，要求撤销原判，作出公正的判决。被告人李小梅上诉提出：其只知道送到杭州的是兴奋药，不知道甲基苯丙胺就是摇头丸，而且就是毒品；其只是陪司秋菊一起来杭州，不收任何费用，具体事项孙晓芬都是与司谈的，其系从犯，要求给予从宽处理；其还提出韩、高、张三人的证言不属实。李小梅的辩护人提出：李只知道运输的摇头丸是一种兴奋剂、违禁药，并不知道运输的就是毒品，李在主观上不具有贩卖毒品的故意，其行为不构成贩卖毒品罪，检察院关于李的行为构成贩卖、运输毒品罪的抗诉理由不成立；李系从犯，且作用很小；本案还存在特情数量引诱的情况，毒品也未流入社会，社会危害程度很低，一审法院没有考虑这些因素；李系初犯，主观恶性较小，要求对李减轻或免除处罚。

经审理查明，原判认定被告人司秋菊、李小梅运输毒品的事实，有韩某、高某某、张某某的证言，同案人孙晓芬的供述，公安机关查获海洛因的扣押清单、照片，毒品检验鉴定书及查获用于交易的手机，住宿登记单等证据证实。被告人司秋菊、李小梅亦均有供述在案，所供能相互印证，并与前述证据反映的情况相符。原判认定的事实清楚，证据确实、充分。关于抗诉、上诉、辩护理由。经查：（1）孙晓芬供述证实系其叫被告人司秋菊、李小梅将毒品摇头丸

运到杭州交给要货的人，并说好给司 12 500 元好处费。被告人司秋菊供认其知道孙晓芬让其送的是一种兴奋剂、违禁药，也知道是犯罪。李小梅供述在福州上火车前，其和司秋菊、孙晓芬一起吃饭时，孙讲过是送摇头丸到杭州。韩、高、张三人则证实在杭州华辰大酒店交易时，司和李都说过这批货的质量很好等话。据此已足以认定被告人司秋菊、李小梅明知孙晓芬在贩卖国家禁止买卖的毒品摇头丸，自己将"货"送到杭州是一种犯罪行为，故二被告人及其辩护人关于二被告人不知道所送之"货"为毒品摇头丸，主观上不具有贩卖、运输毒品故意的理由与事实不符。（2）被告人司秋菊归案后，主动要求配合公安机关到福州去抓捕孙晓芬，并带公安人员到了福州孙的住处系事实，但因孙已逃跑而未能将孙抓获，故司的这一行为不构成立功，司秋菊诉称有立功表现的理由于法无据。（3）司秋菊、李小梅应孙的要求，共同将摇头丸从福州运至杭州，并交给买方，不属起次要或辅助作用的从犯。杭州市人民检察院、出庭的检察员、被告人司秋菊、李小梅及各自的辩护人关于二被告人系从犯的理由不足。（4）孙晓芬为贩卖毒品而购买了毒品摇头丸，并主动联系买方；被告人司秋菊、李小梅应孙的要求将毒品摇头丸运至杭州交给买主，均不存在特情引诱的问题。故抗诉、上诉、辩护中提出本案存在特情数量引诱的理由缺乏依据。（5）韩某、高某某、张某某三人的证言已经一审庭审质证，该三人的证言能相互印证，且与二被告人相关供述相符，应予确认，李小梅提出该三人证言不属实的理由不能成立。

本院认为：被告人司秋菊、李小梅明知系毒品而予以运输、贩卖，其行为均已构成贩卖、运输毒品罪。杭州市人民检察院、出席二审法庭的检察员、司秋菊的二审辩护人关于原判定性不当的理由成立，予以采纳。二被告人贩卖、运输甲基苯丙胺数量达 1 020 克，依法应予严惩。鉴于二被告人应孙晓芬要求将摇头丸运至杭州交给买方，毒品又未流入社会，可对二被告人从轻处罚。杭州市人民检察院、出庭的检察员、二被告人及司秋菊的二审辩护人要求对司、李从轻处罚的理由成立，予以采纳；李小梅的辩护人要求对李减轻或免除处罚的理由不足，不予采纳。原判审判程序合法。定罪和量刑不当，应予改判。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第（二）项，《中华人民共和国刑法》第 347 条第 1 款、第 2 款第（一）项、第 57 条第 1 款、第 48 条第 1 款之规定，判决如下：

一、撤销杭州市中级人民法院（2001）杭刑初字第 173 号刑事判决。

二、被告人司秋菊犯贩卖、运输毒品罪，判处死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；被告人李小梅犯贩卖、运输毒品罪，判处

无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

本判决为终审判决。

审判长：王金其
代理审判员：黄惠锋
代理审判员：潘　洁
2002 年 4 月 12 日
本件与原本核对无异
书记员：王松波

[General Information]
书名=中国疑难刑事名案法理研究　第二卷
作者=赵秉志主编
页数=487
SS号=11964593
出版日期=2008.01
出版社=北京市：北京大学出版社
DX号=000007012421
URL=http://book.szdnet.org.cn/bookDetail.jsp?dxNumber=000007012421&d=735D94A0EA418B621FC83F2F91D87E3D